

UiO : **Det juridiske fakultet**

Svalbardtraktatens geografiske virkeområde

Kandidatnummer: 580

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 17142



Innholdsfortegnelse

1	HVA ER SVALBARDTRAKTATENS GEOGRAFISKE VIRKEOMRÅDE?.....	1
2	SVALBARD OG SVALBARDTRAKTATEN - ET KORT RISS.....	2
3	GJELDER SVALBARDTRAKTATEN PÅ SOKKELEN OG I 200-MILS SONEN RUNDT SVALBARD?	5
3.1	Hvilke argumenter kan anføres for og mot bruk av Svalbardtraktaten på sokkelen og i 200-mils sonen rundt Svalbard?.....	5
3.1.1	Det geologiske argumentet.....	5
3.1.2	Svalbardtraktaten art. 1, Norges suverenitet over Svalbard.....	9
3.1.3	Norges udelelige territorium	18
3.1.4	Fortolkning av Svalbardtraktatens ordlyd.....	19
3.1.5	Det restriktive tolkningsprinsipp.....	27
3.1.6	Statspraksis	30
3.1.7	Reelle hensyn	33
3.2	Konklusjon på spørsmålet om Svalbardtraktaten kan anvendes i 200-mils sonen og på kontinentalsokkelen	35
3.3	Hvilke rettslige konsekvenser får anvendelsen av Svalbardtraktaten i 200-mils sonen og på kontinentalsokkelen?	38
3.3.1	Anvendelse av traktaten på sokkelen	38
3.3.2	Anvendelse av traktaten i 200-mils sonen	40
	LITTERATURLISTE.....	43
	Litteratur.....	43
	Norske lover og forskrifter	44
	Stortingsdokumenter	45
	Traktater	45
	Rettspraksis	46
	Norske høyesterettsdommer	46
	Internasjonale dommer	46
	Voldgiftsavgjørelser	47
	Andre kilder.....	48

1 Hva er Svalbardtraktatens geografiske virkeområde?

Temaet for denne oppgaven er det geografiske virkeområdet for Svalbardtraktaten. I dag hersker det uenighet om hvor traktatens bestemmelser får anvendelse.¹ På den ene side hevder Norge at Svalbardtraktaten kun gjelder til fulle, og er begrenset til, de områder som faller inn under definisjonen av Svalbard i Svalbardtraktaten, det vil si på øyene opplistet i art. 1 og i territorialfarvannet som nevnt i art. 2 og art. 3.² Samtidig er det Norges syn at Norge har de rettigheter og plikter som påhviler en kyststat, herunder retten til å utøve jurisdiksjon i fiskevernsonen og på kontinentalsokkelen rundt Svalbard uten begrensningene som følger av Svalbardtraktaten.³

Flere av traktatpartene hevder derimot at Svalbardtraktaten får anvendelse både på sokkelen og i 200-mils sonen rundt Svalbard, i tillegg til på øyene og i territorialfarvannet, og at norsk jurisdiksjon, basert på suvereniteten over Svalbard, gjelder på sokkelen og i 200-mils sonen med de begrensningene som følger av Svalbardtraktaten.⁴ Noen av partene som mener at Svalbardtraktaten får anvendelse på sokkelen rundt Svalbard anser at Svalbardtraktaten likevel ikke er tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for Norges opprettelse av en 200-mils fiskevernsonen utenfor Svalbard og håndhevelse av bestemmelsene som gjelder i denne.⁵

Uenigheten om Svalbardtraktatens virkeområde har ført til problemer med å styre fisket i 200-mils sonen, og komplisert oppstarten av oljeaktivitet på sokkelen rundt Svalbard.⁶ De rike fiskeriressursene, den akselererende ismeltingen i Arktis, de forventede store oljeressursene på havbunnen i Barentshavet,⁷ en fortsatt interesse for regionen Arktis⁸ og en potensiell utenrikspolitisk trussel mot regional stabilitet⁹ gjør at spørsmålet om Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde ikke vil bli mindre aktuelt i fremtiden.

Hensikten med denne masteroppgaven er å legge frem de aktuelle rettslige argumentene som har blitt anført for å fastsette Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde, og deretter på dette grunnlag konkludere hvorvidt Svalbardtraktaten får anvendelse på sokkelen og i 200-

¹ Churchill og Ulfstein (2010) s. 554

² Meld. St. 7 (2011-2012), s. 56

³ I.c.

⁴ Churchill og Ulfstein (2010) s. 554

⁵ St.meld. nr. 40 (1985-86), s. 9 og Vylegianin s. 27-28

⁶ Churchill og Ulfstein (2010) s. 554

⁷ Churchill og Ulfstein (2010) s. 554 og St. meld. nr. 8 (2005-2006), s. 36

⁸ House of Lords (2015), s. 106 og s. 114-122

⁹ Pedersen (2009b) s. 32

mils sonen rundt Svalbard. Det vil også legges frem mulige rettslige konsekvenser av konklusjonen.

2 Svalbard og Svalbardtraktaten - et kort riss

Svalbard er en del av kongeriket Norge og består av alle øyer, holmer og skjær mellom 10°Ø og 35°Ø, og mellom 74°N og 81°N.¹⁰ Øygruppen ble først oppdaget av nederlandske Willem Barentsz i 1596,¹¹ og i de etterfølgende årene oppsto blant annet konflikter om utnyttelsen av Svalbards ressurser, hvilken nasjon som kunne kreve suverenitet over Svalbard, og om havets frihet.¹² I sammenheng med at hvalbestanden rundt Svalbard forsvant som følge av overdreven fangst,¹³ oppsto og spredte det seg en alminnelig oppfatning på 1800-tallet om at Svalbard var et ingenmannsland, et *terra nullius*,¹⁴ et territorium som ikke var underlagt noen stats herredømme og som utgjorde en allmenning hvor man sto like fritt til å utnytte ressursene øygruppen hadde å by på som enhver annen.¹⁵ På begynnelsen av 1900-tallet begynte norske og utenlandske aktører å utnytte kullforekomstene på Svalbard.¹⁶ I takt med en økning i konfliktenes innad i denne gruppen, og også i forhold til konflikter vis-à-vis fangstmenn, ble ulempe- ne ved et manglende rettslig regime på Svalbard tydelige.¹⁷

For å skape faste rammer rundt virksomheten på Svalbard ledet Norge, Sverige og Russland arbeidet med å skape et juridisk rammeverk for Svalbard.¹⁸ I 1912 forelå et utkast til en konvensjon utformet av denne troikaen hvor det ”bærende prinsipp” var at Svalbard skulle være et ”ingenmannsland med åpen og like adgang for alle nasjoners undersåtter til å utnytte øy- gruppens økonomiske muligheter og drive vitenskapelig forskning” underlagt et internasjonalt styre bestående av Norge, Russland og Sverige.¹⁹ Det ble imidlertid ikke oppnådd enighet mellom partene, som også omfattet Danmark, Frankrike, Nederland, Storbritannia, Tyskland og USA ved konferansen i 1914 da konvensjonsutkastet ble drøftet, og drøftelsene ble utsatt til 1915.²⁰

¹⁰ Svalbardloven § 1

¹¹ Arlov (1996) s. 39-44

¹² Ulfstein (1995) s. 34-36

¹³ *ibid.* s. 36

¹⁴ Mathisen (1951) s. 15

¹⁵ Arlov (1996) s. 218

¹⁶ St.prp. nr. 36 (1924), s. 15

¹⁷ *ibid.* s. 15

¹⁸ *ibid.* s. 17

¹⁹ *ibid.* s. 17

²⁰ *ibid.* s. 19

På grunn av første verdenskrig ble arbeidet med å lage en konvensjon for Svalbard utsatt, og først gjenopptatt som en del av fredskonferansen i Paris i 1919.²¹ Norge utformet et utkast til en konvensjon som etter endringer ble godtatt og signert i 1920 av de kontraherende parter som, i tillegg til Norge, besto av USA, Storbritannia, Danmark, Frankrike, Italia, Japan, Nederland og Sverige.²² Svalbardtraktaten trådte i kraft etter at den hadde blitt ratifisert i 1925.²³ Sovjetunionen anerkjente, uten betingelser, Norges suverenitet over Svalbard i en noteveksling med Norge i 1924, og ratifiserte traktaten i 1935.²⁴ Svalbardtraktaten skulle heretter blant annet sørge for en fredelig bruk av Svalbard.²⁵

Ved opprettelsen av denne traktaten endret Svalbards status seg fra *terra nullius* til norsk territorium, noe som innebar at Norge fikk full og absolutt suverenitet over øygruppen.²⁶ Samtidig som Norge ble gitt fullstendig suverenitet over Svalbard skulle *terra nullius*-rettighetene bli bevart gjennom bestemmelser om ikke-diskriminering og fri adgang til å ratifisere Svalbardtraktaten for nye traktatparter.²⁷ Og dette er det unike elementet ved Svalbardtraktaten, at til tross for Norges fulle suverenitet over Svalbard, så kan enhver stat som ønsker det bli part i traktaten og nyte ulike traktatfestede rettigheter til økonomisk utnyttelse av Svalbard, uten å bli utsatt for direkte eller indirekte diskriminering på grunn av nasjonalitet.²⁸ Ikke-diskriminering er strengt tatt ikke et uavhengig prinsipp i traktaten, og således ikke et generelt påbud, men det er foreskrevet i flere av bestemmelsene i traktaten,²⁹ og det kan derfor ikke utledes et generelt unntak fra Norges fulle suverenitet over Svalbard fra bestemmelsene som gir traktatpartene like rettigheter.³⁰

Rekkevidden av ikke-diskrimineringen må ses i sammenheng med de bestemmelsene i traktaten hvor dette er relevant.³¹ De aktuelle bestemmelsene omhandler mange av de viktige økonomiske utnyttelsesmåter som kan benyttes på Svalbard³² som, jakt, fiske, gruvevirksomhet, industrielle-, maritime- og kommersielle aktiviteter og også miljøvern.³³ Det er statene som

²¹ St.prp. nr. 36 (1924), s. 19

²² *ibid.* s. 20

²³ Svalbardtraktaten

²⁴ Fife (2014)

²⁵ Ulfstein (1995) s. 49

²⁶ Pedersen (2009) s. 143

²⁷ Ulfstein (1995) s. 49

²⁸ Churchill og Ulfstein (2010) s. 555

²⁹ *l.c.*

³⁰ St. meld. nr. 39 (1974-75), s. 7

³¹ Churchill og Ulfstein (2010) s. 555

³² *l.c.*

³³ Ulfstein (2008) avs. 25

nyter retten til og beskyttelse mot ikke-diskriminering basert på nasjonalitet, mens individer og firmaer nyter indirekte beskyttelse under Svalbardtraktaten.³⁴ Bestemmelsene hvor ikke-diskriminering kommer opp er lik rett til fiske og jakt i art. 2, og lik rett til maritim-, industriell-, bergverks- og handelsvirksomhet i art. 3, både på land og til vanns. Som en del av Svalbardtraktaten ble det opprettet en bergverksordning som skulle sørge for likebehandling blant traktatpartene og gode arbeidsforhold (art. 8). I tillegg skulle skattene som ble krevet inn under Svalbards jurisdiksjon føres tilbake til Svalbard og ikke kreves inn i større monn enn det som var nødvendig ut fra Svalbards egne behov (art. 8), noe som kan tolkes som en betydelig innskrenkning av Norges økonomiske suverenitet over Svalbard.³⁵ Til slutt kan det nevnes at art. 9 fastslår at øygruppen ikke skal benyttes til krigsrelaterte formål, og at det ikke er anledning til å opprette flåtebaser eller befestninger på øygruppen. Hensikten bak denne bestemmelsen er todelt.³⁶ Som en forlengelse av formålet om ikke-diskriminering skal Norge ikke ha en strategisk gevinst av suvereniteten over Svalbard.³⁷ For det andre skal art. 9 sikre at Svalbard benyttes til fredelige formål.³⁸

Norge har tradisjonelt gjort krav på en 4-mils territorialfarvannssone rundt Svalbard og denne sonen ble utvidet i 2003 til å bli en 12-mils sone.³⁹ Den 3. juni 1977 etablerte Norge ved kongelig resolusjon en 200-mils ikke-diskriminerende fiskevernssone rundt Svalbard med hjemmel i økonomiske soneloven fra 1976.⁴⁰ De norske bestemmelsene i fiskevernssonen har vært omstridte.⁴¹ Høyesterett har i ulike saker unnlatt å ta stilling til om Svalbardtraktaten får anvendelse i 200-mils sonen rundt Svalbard, da det rådende fiskevernregimet ikke anses for å diskriminere basert på nasjonalitet.⁴² Norge har ikke erklært en kontinentalsokkel rundt Svalbard definert som Svalbards egen sokkel, men sokkelen vest for Svalbard er avgrenset mot Grønlands sokkel,⁴³ mot nord er sokkelen avgrenset etter avgjørelsen fra Kontinentalsokkelkommisjonen i 2009,⁴⁴ og mot øst er kontinentalsokkelen utenfor Svalbard avgrenset mot

³⁴ Ulfstein (2008) avs. 27

³⁵ Anderson (2009) s. 375

³⁶ Churchill og Ulfstein (2010) s. 557

³⁷ I.c.

³⁸ I.c.

³⁹ Territorialfarvannsloven § 2 og § 5

⁴⁰ Churchill og Ulfstein (2010) s. 560, se forskrift 3. juni 1977 nr.6 om fiskevernssone ved Svalbard § 1

⁴¹ Rt. 1996 s. 624 på s. 634, Rt. 2006 s. 1498 avs. 67, Rt. 2014 s. 272 avs. 20

⁴² I.c.

⁴³ St.prp. nr. 51 (2005-2006)

⁴⁴ Kontinentalsokkelkommisjonen (2009) punkt IV B 5.3

Russland.⁴⁵ Det er i dag 40 stater som er part i Svalbardtraktaten, deriblant alle statene i det Arktiske råd, Kina, Japan, og de fleste store EU-landene.⁴⁶

3 Gjelder Svalbardtraktaten på sokkelen og i 200-mils sonen rundt Svalbard?

Spørsmålet om Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde har praktisk interesse fordi Barentshavet utgjør et av verdens viktigste fiskeriområder,⁴⁷ samtidig som det ifølge St. meld. nr. 8 (2005-2006) ”Helhetlig forvaltning av det marine miljø i Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten (forvaltningsplan)” kan forventes å bli funnet mer enn 35% av de uoppdagede petroleumsressursene på den norske kontinentalsokkelen i Norskehavet og i Barentshavet.⁴⁸ Hvordan dette området kan beskyttes mot miljøødeleggelser og administreres effektivt er en utfordring så lenge det eksisterer sterkt divergerende og også uforenelige oppfatninger blant traktatpartene om Svalbardtraktatens anvendelsesområde, herunder om Bergverksordningen og skattebegrensningene i art. 8 i Svalbardtraktaten kommer til anvendelse på sokkelen rundt Svalbard.⁴⁹

3.1 Hvilke argumenter kan anføres for og mot bruk av Svalbardtraktaten på sokkelen og i 200-mils sonen rundt Svalbard?

3.1.1 Det geologiske argumentet

Ifølge Norge får Svalbardtraktaten ikke anvendelse på sokkelen rundt Svalbard fordi Svalbard ligger plassert oppå Norges fastlandssokkel hvor Norges petroleumslovgivning gjelder, som slått fast i Kongelig resolusjon av 31. mai 1963 og i lov av 21. juni 1963.⁵⁰ I kraft av sin egenkap som kyststat hevder Norge sin rett til sin egen kontinentalsokkel med hjemmel i den alminnelige folkeretten og etter Havrettstraktaten art. 76,⁵¹ og krever på grunnlag av sin suverenitet over Nord-Norge eksklusivt herredømme over den uavbrutte norske fastlandssokkel til og forbi Svalbard.⁵² At Norge har ”suverene rettigheter” over sokkelen, ”helt uavhengig av

⁴⁵ Delelinjeavtalen art. 1

⁴⁶ Churchill og Ulfstein (2010) s. 553

⁴⁷ *ibid.* s. 562

⁴⁸ *ibid.* s. 554

⁴⁹ *ibid.* s. 562

⁵⁰ Fleischer (1983) s. 211

⁵¹ *ibid.* s. 213.

⁵² *ibid.* s. 212 og s. 222

Svalbardtraktaten” fordi den er en ”naturlig fortsettelse” av fastlandsmassen ble også slått fast i St. meld. nr. 30 (1973-1974) ”Virksomheten på den norske kontinentalsokkelen mv.”⁵³

Norge viderefører standpunktet om at Svalbard ikke har sin egen kontinentalsokkel i Meld St. 7 ”Nordområdene – visjon og virkemidler” (2011-2012), og i samme stortingsmelding legger Norge frem anbefalingen fra Kontinentalsokkelkommisjonen (2009) om at det foreligger en ”endelig avklaring” av norsk sokkels geografiske yttergrense med hjemmel i FNs havrettskonvensjon som støtte for at ”Norges” kontinentalsokkel er endelig definert.⁵⁴ I samme melding defineres sokkelen som den ”undersjøiske naturlige geologiske forlengelse av kyststatens landmasse” hvor kyststaten etter Havrettskonvensjonen ”uten videre har suverene rettigheter.”⁵⁵ Om andre traktatparter enn Norge har rettigheter på sokkelen nevnes ikke i denne stortingsmeldingen, men en nærliggende tolkning av meldingen er at de andre traktatpartene i Svalbardtraktaten ikke har rettigheter på sokkelen rundt Svalbard etter Svalbardtraktaten fordi denne er Norges sokkel hvor Norge kan hevde sine suverene rettigheter.

At Kontinentalsokkelkommisjonenes konklusjoner om kontinentalsokkelens yttergrense fra offentlig norsk hold blir tolket som en bekreftelse på at sokkelen rundt Svalbard er Norges sokkel kan blant annet leses ut fra uttalelser i 2015 fra Utenriksdepartementet som uttaler at ”som kyststat har Norge rett til kontinentalsokkel og enerett til å utforske og utnytte ressursene på sokkelen. Norge har en enhetlig og sammenhengende sokkel fra fastlandskysten opp til, og forbi, Svalbard. Dette ble bekreftet av anbefalingen fra Kontinentalsokkelkommisjonen i 2009. Kommisjonen er etablert i henhold til FNs havrettskonvensjon. Fordi kyststatene har enerett til å utforske og utnytte ressursene på sin del av sokkelen konsulteres ikke andre stater om slik utnyttelse.”⁵⁶ Utenriksdepartementet har tidligere uttalt at siden Svalbard ”geologisk sett” ikke har sin egen adskilte sokkel, men ligger på Norges kontinentalsokkel kan man sammenligne Svalbard i dette henseende med Shetlandsøyene som ligger på den britiske stats kontinentalsokkel, og Novaja Zemlja og Franz Josef Land på russisk sokkel.⁵⁷

Men det finnes ulike tolkninger av Kontinentalsokkelkommisjonens anbefaling om norsk kontinentalsokkels yttergrense som ikke deler Norges syn om at kommisjonens anbefaling nødvendigvis betyr at Svalbard ikke har sin egen kontinentalsokkel. Det har blant annet blitt påpekt at Kontinentalsokkelkommisjonen benevner deler av sokkelen som en ”submerged pro-

⁵³ Ulfstein (1995) s. 422

⁵⁴ Meld. St. 7 (2011-2012), s. 13, 24 og s. 57

⁵⁵ ibid. s. 56-57

⁵⁶ Utenriksdepartementet (2015)

⁵⁷ Utenriksdepartementet (2009)

longation of the landmasses of Mainland Norway and Svalbard,”⁵⁸ noe som tas til inntekt for at kommisjonen anser den aktuelle sokkelen både som Norges, i tillegg til Svalbards sokkel. Det har også blitt fremhevet at Norge selv, ved å bruke punktet på Nordaustlandet som målepunkt ved forespørselen til Kontinentalsokkelkommisjon om sokkelens yttergrense i Western Nansen Basin gir et inntrykk som er konsistent med den påstand at Svalbard faktisk har sin egen kontinentalsokkel som er separat fra Norges fastland.⁵⁹ Det at kommisjonen har bestemt en yttergrense for sokkelen kan kanskje vanskelig tas til inntekt for at det dreier seg om Norges sokkel alene og ikke Svalbards sokkel, og Kommisjonen tok ikke stilling til om Svalbardtraktaten får anvendelse på sokkelen rundt Svalbard. At anvendelsesområdet av Svalbardtraktaten ikke var et tema for Kontinentalsokkelkommisjonen ble påpekt av Permanent Mission of Norway to the United Nations selv, som i sitt tilsvarende til Spanias note verbale, i forbindelse med Norges søknad til Kontinentalsokkelkommisjonen, svarte at ”the scope of application and the interpretation of certain provisions of the Treaty of 1920” har ”no bearing on the work of the Commission.” I samme tilsvarende anerkjente Norge også at det finnes ”differences of views” med hensyn til Svalbardtraktatens anvendelsesområde men at Svalbard er ”part of the Kingdom of Norway.”⁶⁰ Det kan synes som om Norge i denne responsen skilte helt mellom uenigheten om anvendelsesområdet av Svalbardtraktaten og Kontinentalsokkelkommisjonens arbeid om sokkelens yttergrense, men norske myndigheter kan senere kanskje tolkes dithen at de i sine offisielle uttalelser⁶¹ har tatt kommisjonens arbeid til inntekt for sin offisielle tolkning av traktatens geografiske anvendelsesområde.

At Svalbard faktisk ikke skulle ha sin egen kontinentalsokkel har møtt motstand i juridisk teori, og dette synspunktet har blitt karakterisert som problematisk fordi Svalbard er større enn andre selvstendige stater som Belgia og Nederland, er underlagt et eget regime og består av øyer som alle ligger mer enn 200 mil fra Norges fastland.⁶² I likhet med Jan Mayen har Svalbards øyer deres egen geologiske fortsettelse i en kontinentalsokkel.⁶³ Ifølge Havrettstraktaten art. 121 har beboelige øyer som kan opprettholde en egen økonomi⁶⁴ automatisk sin egen sokkel, og det kreves ikke en erklæring eller annen aktiv handling for at sokkelen skal anses etablert.⁶⁵

⁵⁸ Henriksen (2011) s. 9

⁵⁹ Anderson (2009) s. 377

⁶⁰ Permanent Mission of Norway to the United Nations (2007)

⁶¹ Utenriksdepartementet (2015)

⁶² Anderson (2009) s. 377

⁶³ I.c.

⁶⁴ Churchill og Ulfstein (2010) s. 558

⁶⁵ Ulfstein (1995) s. 424

En slik rett til sokkelen oppstår automatisk i folkeretten, og som The International Court of Justice (ICJ) sier eksisterer rettighetene til en kontinentalsokkel ”*ipso facto* and *ab initio*, by virtue of its sovereignty over the land, and as an extension of it...”⁶⁶ og at ”continental shelf rights are legally both an emanation from and an automatic adjunct of the territorial sovereignty of the coastal State.”⁶⁷ Dette innebærer at Svalbard faktisk har sin egen kontinentalsokkel. Og som ICJ sa i Tunisia v. Libya ”the coast of the territory of the State is the decisive factor for title to submarine areas adjacent to it.”⁶⁸

En voldgiftsrett har avvist argumenter om at geologiske forhold alene kan utelukke at øyer har en egen sokkel. Argumentet om at to franske øyer, St. Pierre og Miquelon, ikke kunne generere sine egne sokler fordi de ligger plassert på Canadas sokkel, ble avvist av retten.⁶⁹ Voldgiftsretten kom til at siden det omtvistede området geologisk sett besto av én kontinuerlig sokkel kunne det ikke betraktes som kanadisk alene men at ”each coastal segment has its share of shelf.”⁷⁰ I den samme dommen henvises det også til at Canada tidligere har innrømmet, og ICJ har anerkjent, at sokkelen i dette området er et ”continuum” og en udifferensiert del av kontinentalsokkelen fra Newfoundland til Florida.⁷¹ I mangel av fysisk differensiering kan sokkelen derfor ikke betraktes som singulært kanadisk, heter det.⁷²

ICJ fremhever også at begrepet kontinentalsokkel og begrepet ”naturlig fortsettelse” av kystens landmasse har blitt et stadig mer ”complex and juridical concept” til tross for den fysiske opprinnelsen til begrepene.⁷³ Domstolen slår også fast at havbunnens fysiske karakteristikk slutter å være viktig når hensikten er å fastsette en felles grense for sokkel og sjø.⁷⁴ Synspunktet er senere gjentatt i ICJs dom i en territoriell og maritim tvist mellom Nicaragua og Columbia fra 2012.⁷⁵ Domstolen uttalte her at ”the court does not believe that any weight should be given to Nicaragua’s contention that the Columbian islands are located on ‘Nicaragua’s continental shelf’, når de i realiteten befinner seg på samme kontinentalsokkel.”⁷⁶ Domstolen uttalte at den gjentatte ganger har gjort klart at ”geological and geomorphological considerations are not relevant to the delimitation of overlapping entitlements within 200 nautical miles of the

⁶⁶ Anderson (2009) s. 377, se Germany v. Denmark; Germany v. Netherlands, avs. 19

⁶⁷ Anderson (2009) s. 377, se Greece v. Turkey, avs. 86

⁶⁸ Anderson (2009) s. 376, se Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya, avs. 73

⁶⁹ Ulfstein (1995) s. 424, se Canada v. France, avs. 46

⁷⁰ I.c.

⁷¹ Canada v. United States of America, avs. 45

⁷² I.c.

⁷³ Canada v. France, avs. 47, fra Libyan Arab Jamahiriya v. Malta, avs. 34

⁷⁴ Canada v. France, avs. 47

⁷⁵ Nicaragua v. Columbia, avs. 214

⁷⁶ I.c.

coasts of States.⁷⁷ På bakgrunn av den foregående diskusjonen er det sterke holdepunkter for at ICJs konsistente praksis med å sette til side geologiske argumenter i tvister om kontinental-sokler, til fordel for synspunktet at øyer har de samme rettighetene som fastlandet, svekker Norges argument om at Svalbard ligger på Norges kontinentalsokkel og ikke har sin egen sokkel.

Når man skal avgrense maritime områder skal man først identifisere utgangspunkter på ytterpunkter og de ytterst beliggende øyer, fra de to stater som brukes til å bestemme en grense, som er like langt unna de målte utgangspunktene.⁷⁸ For Svalbards vedkommende ligger ikke disse utgangspunktene på Norges fastland, men på Svalbards vestkyst mot Grønland og på den østre kysten av Hopen, Kong Karls Land og Kvitøya mot de nærmeste punkt på Russisk side.⁷⁹ I avtalen mellom Norge og Danmark om avgrensningen av sokkelen mellom Grønland og Svalbard var det disse geografiske punktene på Svalbard som ble brukt for å fastsette delelinjen, og ikke geografiske punkter på Norges fastland.⁸⁰ Dette synes å indikere at Svalbard har sin egen sokkel, da Svalbard blir brukt som utgangspunkt i avtalen om denne delelinjen og ikke geografiske punkter på fastlands-Norge.

3.1.2 Svalbardtraktaten art. 1, Norges suverenitet over Svalbard

Svalbardtraktaten art. 1 gir Norge en full og uinnskrenket suverenitet over øygruppen. At Norge har suverenitet over Svalbard innebærer at Norge kan utøve suverenitet over Svalbard på samme måte som enhver annen stat kan utøve suverenitet over sitt territorium, og det er ingen vilkår i traktaten som i seg selv påvirker Norges suverenitet over Svalbard.⁸¹ At Norge har full suverenitet over Svalbard støttes også av det faktum at Norge ikke ble tildelt Svalbard som et mandat under Folkeforbundet, men ble gitt full suverenitet over Svalbard gjennom Svalbardtraktaten.⁸² Et slikt mandat ville kun ha gitt Norge en begrenset rett til å forvalte Svalbard under Folkeforbundets regler, og her kunne det ha oppstått tvil om hvordan man skulle løse alle de problemstillinger som ikke var spesifikt omhandlet i traktaten.⁸³

Norges suverenitet over Svalbard innebærer at Norge har rett til å vedta lover og forskrifter for Svalbard, og påse at bestemmelsene blir fulgt, og i tillegg bli part i folkerettslige traktater

⁷⁷ Nicaragua v. Columbia, avs. 214

⁷⁸ Anderson (2009) s. 377

⁷⁹ I.c.

⁸⁰ Anderson (2009) s. 377, se Overenskomst mellom Norge og Danmark sammen med Grønlands landsstyre om avgrensning av kontinentalsokkelen og fiskerisonene i området mellom Grønland og Svalbard (2006)

⁸¹ Churchill og Ulfstein (2010) s. 554

⁸² Fleischer (1983) s. 226

⁸³ Fleischer (1976) s. 141

relatert til Svalbard og til forsvaret av øygruppen.⁸⁴ Som en effekt av Norges effektive okkupasjon og utøvelse av suverenitet på Svalbard, og på grunn av fraværet av protester fra andre nasjoner,⁸⁵ må norsk suverenitet over Svalbard, etter den alminnelige folkerett bli ansett som bindende også for de stater som ikke er part i traktaten.⁸⁶

3.1.2.1 *Anvendt på sokkelen*

Norge argumenterer for at norsk jurisdiksjon over kontinentalsokkelen rundt Svalbard også kan baseres på art. 1 i Svalbardtraktaten, som gir Norge fullstendig suverenitet over Svalbard og derfor myndighet over sokkelen ”i samsvar med folkeretten.”⁸⁷ Svalbard er en del av kongeriket Norge, og det er ifølge Norge ikke tvilsomt at sokkelen rundt Svalbard er undergitt norsk myndighet.⁸⁸

Selv om folkeretten ikke anerkjente andre maritime soner enn territorialfarvannet da Svalbardtraktaten ble skrevet, er det i juridisk teori fremsatt argumenter for at Norge kan etablere andre soner enn territorialfarvannet, i kraft av sin suverenitet over øygruppen og fordi det ikke finnes et forbud mot å etablere maritime soner i traktaten.⁸⁹ Det er ingen indikasjoner i traktaten på at traktatskribentene mente at ordet suverenitet skulle ha den samme meningen som i 1920 bestandig, og ICJ har flere ganger slått fast at generiske og konseptuelle begrep i traktater skal gis den rekkevidde som de har når saken føres for retten og ikke den rekkevidden begrepet hadde da traktaten ble skrevet.⁹⁰ Det har vært påpekt at ved å kreve at Svalbardtraktaten får anvendelse på flere maritime soner rundt Svalbard enn territorialfarvannet, så anerkjenner de andre traktatpartene implisitt at Svalbard har rett til å etablere maritime soner.⁹¹ Storbritannia har eksplisitt ytret at Svalbard kan etablere slike maritime soner, og Danmark har vist at den anerkjenner Svalbards rett til å danne maritime soner ved å fullføre en delelinjeavtale med Norge om grensen for kontinentalsokkelen mellom Svalbard og Grønland, og grensen mellom Svalbards fiskevernsoner og Grønlands eksklusive økonomiske sone.⁹² Det eksisterer imidlertid argumenter i juridisk teori om at Norge mangler jurisdiksjon i havområdene utenfor territorialfarvannet, og at farvannene rundt Svalbard utgjør åpent hav og forut-

⁸⁴ Churchill og Ulfstein (2010) s. 554-555

⁸⁵ Ulfstein (2008) avs. 24

⁸⁶ Churchill og Ulfstein (2010) s. 555

⁸⁷ Utenriksdepartementet (2009)

⁸⁸ I.c.

⁸⁹ Churchill og Ulfstein (2010) s. 557

⁹⁰ Churchill og Ulfstein (2010) s. 557-8, se *Greece v. Turkey*, avs. 77-80 og *Costa Rica v. Nicaragua*, avs. 63-70

⁹¹ Churchill og Ulfstein (2010) s. 559, se fotnoter nr. 17-18

⁹² I.c.

setningsvis internasjonalt havbunnsområde.⁹³ Denne argumentasjonen legger blant annet til grunn at anerkjente regler om kyststatens rett til tilstøtende maritime områder ikke gjelder,⁹⁴ og har blitt tilbakevist fordi det ikke finnes grunnlag i reglene om havets folkerett eller i Svalbardtraktaten for at Norge ikke skal kunne opprette maritime soner rundt Svalbard.⁹⁵

Det har også blitt fremholdt i juridisk teori at ”selv om” det skulle finnes en egen Svalbardsokkel så følger det av Svalbardtraktaten art. 1 at Norges fulle og uinnskrenkede suverenitet over Svalbard innebærer at Norge kan fastsette rimelige og hensiktsmessige bestemmelser for alle de spørsmål som ikke er løst direkte i Svalbardtraktaten, som for eksempel den norske kontinentalsokkelavgivning, da sokkelen ikke er nevnt i Svalbardtraktaten.⁹⁶ Slike bestemmelser skal holdes innenfor folkerettens og Svalbardtraktatens grenser, men dette er ikke prinsipielt forskjellig fra det som gjelder Norges fastland.⁹⁷ Men at sokkelen rundt Svalbard anses for å være underlagt norsk myndighet, basert på Norges fulle suverenitet over Svalbard i Svalbardtraktatens art. 1, endrer ikke Norges standpunkt om at Svalbardtraktaten kun får anvendelse på øyene og i territorialfarvannet, og ikke i 200-mils sonen og på sokkelen rundt Svalbard.⁹⁸

Det kan kanskje fremstå som noe av en helgardering av Norge å argumentere for at sokkelen rundt Svalbard er en del av Norges sammenhengende fastlandssokkel under norsk jurisdiksjon basert på suvereniteten over Nord-Norge, samtidig som det samtidig argumenteres for at norsk myndighet over sokkelen er basert på suvereniteten gitt Norge i art. 1 i Svalbardtraktaten. Men den samtidige bruken av de ulike argumentene kan kanskje være et utslag av at Norges argumenter for at sokkelen rundt Svalbard er underlagt norsk jurisdiksjon har utviklet seg over tid. I St.meld. nr. 30 ”Virksomheten på den norske kontinentalsokkelen mv.” fra 1973-74 vektla Norge det geologiske argument om at den kontinuerlige sokkel fra fastlandet ga Norge en suveren rett til sokkelen rundt Svalbard.⁹⁹ I St.meld. nr. 40 ”Svalbard” fra 1985-1986 ble derimot selve ordlyden i traktaten vektlagt for å begrunne Norges suverenitet over sokkelen rundt Svalbard.¹⁰⁰ I dag legges det også vekt på at sokkelen tilhører Norge med hjemmel i Svalbardtraktaten art. 1 som gir Norge suverenitet over øygruppen, i tillegg til argumentene som Norge tidligere har benyttet seg av.

⁹³ Jensen (2009) s. 408-409, se Vylegzhanin og Zilanov (2007) s. 57

⁹⁴ Jensen (2009) s. 409

⁹⁵ Jensen (2009) s. 409-408, se Churchill og Ulfstein, (1992) s. 38-40

⁹⁶ Fleischer (1976) s. 148

⁹⁷ Fleischer (1997) s. 9

⁹⁸ Meld. St. 7 (2011-2012), avs. 5.1.3

⁹⁹ St.meld. nr. 30 (1973-1974), s. 67

¹⁰⁰ St.meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

At Norges argumenter har utviklet seg og er ulikt vektlagt i ulike tidsrom kan ha sammenheng med utviklingen i juridisk teori i Norge, og den påvirkning juridiske teoretikere har hatt på spørsmålene rundt Svalbardtraktaten. Blant annet argumenterte Fleischer i 1983 for at art. 1 i Svalbardtraktaten kun ga en indirekte hjemmel for Norges suverenitet over sokkelen; han slo fast at art. 1 gir Norge rettigheter og plikter som kyststat blant annet i forhold til Svalbards maritime soner, og i egenskap av å være kyststat kan Norge utøve de rettigheter som til ”en-hver tid” følger av folkeretten, som suverenitet over sokkelen.¹⁰¹

I 1995 argumenterte Ulfstein for at ved å bruke suvereniteten over Svalbard til å etablere en 200-mils sone rundt Svalbard vil det samme argumentet kunne benyttes for å støtte Norges rett til å etablere en sokkel rundt Svalbard, heller enn å basere suvereniteten over sokkelen på at den er en fortsettelse av fastlandet til Norge.¹⁰² Grunnen til at han mente at Norge kunne bruke de samme argumentene til å etablere en 200-mils sone som for å etablere en sokkel, var at i folkeretten er begrepene nært knyttet til hverandre, og ved å bruke suverenitetsargumentasjonen i 200-mils sonen åpnet det for å bruke den samme argumentasjonen på sokkelen.¹⁰³ Det har blant annet i internasjonal havrettspraksis blitt vist til den nære forbindelsen mellom kontinentalsokkelen og 200-mils sonen, og i 1993 refererte ICJ i Case Concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen til ICJ-saken *Libyan Arab Jamahiriya v. Malta* fra 1985 om at ”the two institutions – continental shelf and exclusive economic zone – are linked together in modern law.”¹⁰⁴ Og domstolen uttalte at: ”Although the institutions of the continental shelf and the exclusive economic zone are different and distinct, the rights which the exclusive economic zone entails over the sea-bed of the zone are defined by reference to the régime laid down for the continental shelf. Although there can be a continental shelf where there is no exclusive economic zone, there cannot be an exclusive economic zone without a corresponding continental shelf.”¹⁰⁵ I voldgiftsrettssaken *Guinea-Bissau v. Senegal* uttalte en av dommerne i en sidebemerkning at han mente det var nødvendig å presisere at når han refererte til ”waters” i den eksklusive økonomiske sonen, dekker denne sonen også noen ganger kontinentalsokkelen, som nevnt i Havrettstraktatens art. 56 (1) a om den eksklusive økonomiske sone.¹⁰⁶ Rettighetene i den eksklusive økonomiske sonen omfatter også retten til utforskning og utnyttelse av naturressursene på havbunnen og under

¹⁰¹ Fleischer (1983) s. 221

¹⁰² Ulfstein (1995) s. 423

¹⁰³ I.c.

¹⁰⁴ Ulfstein (1995) s. 423, se *Denmark v. Norway*, avs. 46, og *Libyan Arab Jamahiriya v. Malta*, avs. 33

¹⁰⁵ *Libyan Arab Jamahiriya v. Malta*, avs. 34

¹⁰⁶ *Guinea-Bissau v. Senegal*, s. 75

denne.¹⁰⁷ Dette tyder på at det innen internasjonal havrett eksisterer en anerkjennelse av at det finnes en nær forbindelse mellom 200-mils sonen og kontinentalsokkelen som følger med denne.

Det kan da synes som om Norge nå har tatt til seg Ulfsteins argumentasjon. Men Ulfstein påpeker at Norges suverenitet over Svalbard gir Norge rett under folkeretten til å erklære en egen kontinentalsokkel for Svalbard,¹⁰⁸ og dette synspunktet skiller seg fra Norges standpunkt om at sokkelen rundt Svalbard er norsk med grunnlag i suvereniteten over øygruppen, og ikke Svalbards egen sokkel.¹⁰⁹

I internasjonal rettspraksis er det lagt vekt på at det er suverenitet over selve landmassen som gir rett til å erklære en kontinentalsokkel, og til støtte for argumentet om at Norge kan opprette en egen sokkel for Svalbard basert på suvereniteten over Svalbard kan man se hen til rettspraksis fra den Internasjonale domstol. ICJ har flere ganger lagt vekt på den nære forbindelsen mellom landområdet og de tilstøtende maritime sonene; det er suvereniteten over landmassen som gir staten rett til vannet utenfor kysten.¹¹⁰ Som i ICJ-saken fra 1951, Fisheries Case hvor retten uttalte at "It is the land which confers upon the coastal State a right to the waters off its coasts."¹¹¹ Og i ICJ-saken fra 1969, North Sea Continental Shelf Cases bemerket retten "the land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward."¹¹² Et ytterligere eksempel er tatt fra ICJ-saken mellom Hellas og Tyrkia om kontinentalsokkelen i Egeerhavet hvor retten uttalte at "it is solely by virtue of the coastal State's sovereignty over the land that rights of exploration and exploitation in the continental shelf can attach to it, *ipso jure*, under international law."¹¹³ I denne saken pekte retten på at tvisten om kontinentalsokkelen mellom Hellas og Tyrkia var relatert til "the territorial status of the coastal State", og kontinentalsokkelen ble i denne sammenhengen inkorporert i definisjonen av det territoriet som ble behandlet i denne saken.¹¹⁴

Det har i juridisk teori vært hevdet at det ikke er et sterkt argument å benytte Norges suverenitet over Svalbard som begrunnelse for at sokkelen rundt Svalbard er norsk, og ikke Svalbards egen sokkel, fordi det er hevdet å være i strid med det som er naturlig; selv om Svalbard ikke

¹⁰⁷ Guinea-Bissau v. Senegal, s. 75

¹⁰⁸ Ulfstein (1995) s. 424

¹⁰⁹ *ibid.* s. 423

¹¹⁰ *ibid.* s. 434

¹¹¹ Ulfstein (1995) s. 434, se United Kingdom v. Norway, s. 133

¹¹² Ulfstein (1995) s. 434, se Germany v. Denmark; Germany v. Netherlands, avs. 96

¹¹³ Ulfstein (1995) s. 434-435, se Greece v. Turkey, avs. 86

¹¹⁴ Anderson (2009) s. 377, se Greece v. Turkey, avs. 86

er en separat stat i forhold til Norge er Svalbard underlagt et distinkt annerledes rettslig regime enn fastlands-Norge.¹¹⁵ Fordi Svalbard er underlagt Svalbardtraktaten er det naturlig at sokkelen rundt Svalbard også er underlagt Svalbard, og at det opprettes en grense mellom Svalbards og Norges respektive sokler.¹¹⁶ Det er også naturlig at en slik grense opprettes fordi det allerede har blitt opprettet en grense mellom Norges eksklusive økonomiske sone og Svalbards fiskevernsone.¹¹⁷

At Svalbard kan være underlagt et distinkt annerledes rettslig regime enn fastlands-Norge kan også leses ut fra fortalen til Svalbardtraktaten som ble signert i Paris i 1920. Her uttales et overordnet ønske blant traktatpartene om et ”equitable régime” under norsk suverenitet: ”Desirous, while recognising the sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, including Bear Island, of seeing those territories provided with an equitable régime, in order to assure their development and peaceful utilisation.”¹¹⁸ Det har i juridisk teori vært hevdet at dette sitatet viser at det fantes et syn blant traktatpartene om at dette faktisk dreide seg om et annerledes rettslig regime, sammenlignet med en mer ordinær form for suverenitet, hvor Norge til tross for sin tildelte suverenitet over Svalbard skulle sørge for et rettferdig regime blant traktatpartene, samtidig som øygruppens utvikling og fredelige bruk ble ivaretatt av Norge.¹¹⁹ Ved å godta bestemmelsene i Svalbardtraktaten ga traktatpartene opp sine mulige krav på suverenitet, og retten til å utføre de handlinger som var tillatte under Svalbards *terra nullius*-regime og mulighetene som fulgte av at farvannene rundt Svalbard var definert som fritt hav, ved å gi Norge suverenitet over øygruppen.¹²⁰ Men samtidig som traktatpartene ga avkall på noe så fikk de fordelene av det nye regimet, som innebar tilgang til økonomisk utnyttelse av Svalbard for sine borgere, og det var dette som var det ”equitable” regimet som er nevnt i fortalen, en ”package deal” hvor hver part ga noe og fikk noe annet tilbake.¹²¹ Andre har derimot argumentert at det rettslige regimet på Svalbard gir uttrykk for et ”mini-EØS” eller ”mini-EU” hvor traktatpartenes borgere har rett til å utøve virksomhet uten å bli diskriminert på bakgrunn av nasjonalitet, og at slike rettigheter blant traktatpartene ikke gir uttrykk for et annerledes rettslig regime som begrenser den norske suvereniteten over Svalbard.¹²²

¹¹⁵ Ulfstein (1995) s. 424

¹¹⁶ I.c.

¹¹⁷ I.c.

¹¹⁸ St.prp. nr. 36 (1924), s. 25

¹¹⁹ Anderson (2009) s. 374-375

¹²⁰ I.c.

¹²¹ I.c.

¹²² Fleischer (1997) s. 9

At Svalbard kan være underlagt et distinkt annerledes rettslig regime kan kanskje gjenfinnes i St.prp. nr. 36 "Om godkjenning av traktaten om Spitsbergen (Svalbard)" som ble presentert til Stortinget i 1924. Ifølge denne proposisjonen får Norge i art. 1 "under forbehold" av de andre bestemmelser i traktaten full og uinnskrenket høyhetsrett over Svalbard.¹²³ Og i proposisjonen står det at de øvrige bestemmelser i Svalbardtraktaten gir uttrykk for "prinsippet om fullstendig likestilling med hensyn til utøvelsen av økonomisk virksomhet og vitenskapelig forskning ... et prinsipp som må erkjennes som en naturlig konsekvens av at Spitsbergenøgruppens økonomiske muligheter gjennom århundreder faktisk i det store og hele har vært gjenstand for en fri utnyttelse fra de forskjellige nasjoners side."¹²⁴ Det har i juridisk teori blitt lagt frem at ved å benytte formuleringen om at traktatpartene er "enige om å anerkjenne" Norges suverenitet i art. 1 «under de vilkår som er fastsatt» i traktaten så innebærer dette at begge disse idéene er smeltet sammen i en og samme setning og det får betydning for hvordan traktaten skal tolkes.¹²⁵ Fleischer og Fife har imidlertid påpekt at det etter ordlyden i art. 1 er selve handlingen "å anerkjenne", og ikke suvereniteten, som skjer under vilkår, men Fleischer synes selv å indikere at dette ikke utgjør en nevneverdig forskjell.¹²⁶

Selv om Svalbard er underlagt norsk suverenitet så gir internasjonal rettspraksis støtte for at en øy som er underlagt et annet enn et vanlig politisk og juridisk regime også har rett til å generere en kontinentalsokkel. Voldgiftsretten har blant annet uttalt i *Case Concerning Delimitation of Marine Areas Between Canada and France (St. Pierre and Miquelon)* fra 1992 at en øys evne til å generere en sokkel ikke er avhengig av dens politiske status.¹²⁷ Og i samme sak påpeker voldgiftsretten at rettspraksis fra ICJ i *Libya v. Malta* fra 1985 i para. 72 viser at øyer som er politisk avhengige av en annen stat skal ha en likeverdig og ikke redusert behandling i forhold til politisk uavhengige øyer.¹²⁸ Dette kan tyde på at Svalbard har rett til å generere en sokkel til tross for at den er under norsk suverenitet og har en annen politisk status enn uavhengige øyer.

Det har også blitt hevdet at ved å basere sin posisjon om eksklusiv rett til sokkelen på suvereniteten gitt i Svalbardtraktaten art. 1, gjør Norge ved denne anvendelse Svalbardtraktaten gjeldende som rettslig grunnlag på sokkelen.¹²⁹ Det samme vil gjelde for 200-mils sonen; når Norge baserer sine eksklusive rettigheter i denne sonen på Svalbardtraktaten blir traktaten

¹²³ St.prp. nr. 36 (1924), s. 20

¹²⁴ I.c.

¹²⁵ Anderson (2009) s. 374

¹²⁶ Churchill og Ulfstein (2010) s. 572-573, se Fife (2014) og Fleischer (1978)

¹²⁷ Ulfstein (1995) s. 424, se *Canada v. France*, avs. 46

¹²⁸ *Canada v. France*, avs. 50

¹²⁹ Ulfstein (1995) s. 423

gjeldende rett i sonen.¹³⁰ Og hvis Svalbardtraktaten gjelder på sokkelen er det ikke bare Norges suverenitet som gjelder der, men også de begrensninger på denne suvereniteten gjennom bestemmelsene om likebehandling som traktaten foreskriver, etter en utvidende eller analogisk tolkning av denne.¹³¹ Et eksempel på dette fra internasjonal rettspraksis finner vi i Aegean Sea Continental Shelf saken hvor ICJ avgjorde at Hellas' maritime rettigheter omfattet kontinentalsokkelen, men at det samtidig hadde funnet sted en korresponderende endring i Hellas' godkjenning av jurisdiksjonsområdet for General Act of 1928 for Pacific Settlements of International Disputes.¹³²

Diskusjonen i juridisk teori om hvorvidt en utvidelse av området for Norges suverenitet utløser en korresponderende innskrenkning av den samme suvereniteten, jamfør bestemmelsene om likebehandling, kan kanskje være en medvirkende faktor til en observert endring i hvordan Norge omtaler eventuelle begrensninger på Norges suverenitet over Svalbard. I St. meld 40 "Svalbard" fra 1985-86 uttalte Norge at "suverenitetsinnskrenkende" traktatbestemmelser skulle tolkes restriktivt.¹³³ I St. meld. 22, "Svalbard" fra 2008-09 uttales det at Norges suverenitet over Svalbard faktisk ikke er begrenset av traktaten, men heller at det er satt "begrensninger" på hvordan Norge kan utøve sin myndighet på gitte områder: "Det er ikke satt begrensninger på suvereniteten som sådan, men på hvordan norsk myndighet kan utøves på visse nærmere definerte områder."¹³⁴ Hvilken betydning denne endringen har er åpen for tolkning, men i The Svalbard Treaty argumenterte Ulfstein for at dersom Norges suverenitet over Svalbard er innskrenket gjennom Svalbardtraktaten så følger det at Norges suverenitet over de tilstøtende maritime områder rundt Svalbard er tilsvarende begrenset.¹³⁵ Ved å hevde at suvereniteten faktisk ikke er innskrenket imøtegår norske myndigheter Ulfsteins argumentasjon om konsekvensene av innskrenkninger i suvereniteten på sokkelen og i 200-mils sonen, og synspunktet om at Norges suverenitet ikke er innskrenket fører til at eventuelle korresponderende innskrenkninger på Norges suverenitet i de nevnte maritime områdene ikke kan finne sted.

¹³⁰ Ulfstein (1995) s. 423

¹³¹ ibid. s. 435

¹³² Churchill og Ulfstein (2010) s. 578, se Greece v. Turkey

¹³³ St. meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

¹³⁴ St. meld. nr. 22 (2008-2009), s. 21

¹³⁵ Ulfstein (1995) s. 435

3.1.2.2 Anvendt i 200-mils sonen

Norge har opprettet en 200-mils fiskevernsonen rundt Svalbard med grunnlag i Norges suverenitet over øygruppen, jf. art 1 i Svalbardtraktaten.¹³⁶ Fiskevernsonen ble opprettet ved kongelig resolusjon av 3. juni 1977 med hjemmel i lov om Norges økonomiske sone av 17. desember 1976 nr. 91,¹³⁷ og ifølge § 2 i forskrift 3. juni 1977 nr. 6 om fiskevernsonen ved Svalbard kommer ”foreløpig” ikke forbudet mot utlendingers fiske til anvendelse. Norge forbeholder seg med andre ord retten til senere å opprette en eksklusiv økonomisk sone rundt Svalbard.¹³⁸ Norge argumenterer for at de andre traktatpartene i Svalbardtraktaten ikke kan hevde noen rettigheter i 200-mils sonen med hjemmel i Svalbardtraktaten.¹³⁹ I St. meld nr. 40 ”Svalbard” uttales det at da fiskevernsonen ble opprettet var tanken bak reguleringsbestemmelsene i fiskevernsonen, som skulle fastsettes uten nasjonal forskjellsbehandling, at de skulle bidra til å unngå ”en unødvendig tvist om fortolkningen om Svalbardtraktaten.”¹⁴⁰ Men daværende Sovjetunionen gjorde til tross for bestemmelsen om forbud mot diskriminering basert på nasjonalitet i fiskevernsonen en innsigelse mot grunnlaget for opprettelsen av fiskevernsonen, og andre stater reserverte sin holdning eller påpekte at Svalbardtraktatens bestemmelser ga deres fiskere rett til å fiske i fiskevernsonen.¹⁴¹

Norge laget et vernebestemmelsesregime basert på at fiskere fra stater som hadde fisket i farvannene rundt Svalbard i en 10-års periode før fiskevernsonen ble opprettet, skulle dele på ressursene.¹⁴² Fisken skulle altså ikke være reservert Norge, noe som var en fordel for Sovjetunionens fiskere, og fordelingsregimet var utformet i tråd med likebehandlingsbestemmelsene i Svalbardtraktaten i den hensikt å opprettholde stabilitet i området rundt Svalbard.¹⁴³

I likhet med norsk argumentasjon vedrørende sokkelen kan det argumenteres for at ved å bruke argumentet om suverenitet over Svalbard til å danne en 200-mils sone rundt øygruppen så blir området *ipso facto* regulert av Svalbardtraktaten.¹⁴⁴ Høyesterett har i flere saker ikke tatt stilling til Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde,¹⁴⁵ og selv om traktaten ikke har fått direkte anvendelse i disse sakene, fant Høyesterett nylig at norske bestemmelser om bi-

¹³⁶ St. meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

¹³⁷ St. meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

¹³⁸ Jensen (2009) s. 409

¹³⁹ Ulfstein (1995) s. 421

¹⁴⁰ St. meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

¹⁴¹ Ulfstein (1995) s. 422

¹⁴² Pedersen (2011) s. 127

¹⁴³ I.c.

¹⁴⁴ Ulfstein (1995) s. 423

¹⁴⁵ Rt. 1996 s. 624 s. 634, Rt. 2006 s. 1498 avs. 67, Rt. 2014 s. 272 avs. 20

fangst på hyse i fiskevernsonen ikke var i strid med ”likebehandlingskravet i Svalbardtraktaten.”¹⁴⁶ Saken gjaldt en tvist mellom kapteinen på et tysk fiskefartøy og den norske stat om rettmessigheten av hyseforskriften om bifangstkvoten på hyse.¹⁴⁷ I og med at retten ikke fant at Svalbardstraktatens art. 2 og art. 3 hadde blitt brutt, ved å innføre kvoter på fangst av hyse for enkelte nasjoner i forbindelse med fisket rundt Svalbard, så tok Høyesterett ikke direkte stilling til om traktaten får anvendelse i fiskevernsonen.¹⁴⁸ Men ved å benytte likebehandlingsbestemmelsene i Svalbardtraktaten for å avgjøre en tvist om brudd på fiskerikvoter i fiskevernsonen, så kan dette vises til som et eksempel på at Høyesterett gir Svalbardtraktaten en indirekte virkning som relevant avgjørelsesgrunnlag i fiskevernsonen.¹⁴⁹

3.1.3 Norges udelelige territorium

Kongelig resolusjon av 31. mai 1963 fastslår at sokkelen utenfor Norge tilhører ”Kongeriket Norge.”¹⁵⁰ Siden Svalbard defineres som en del av dette er sokkelen utenfor Svalbard en del av Norges territorium.¹⁵¹ På bakgrunn av at Svalbard ikke er en egen stat og fordi en delelinje for deling av sokkelen kun kan fastsettes mellom stater, har Norge fremsatt et argument om at det ikke kan foretas en avgrensning av Norges og Svalbards respektive sokler. Det uttales i kgl. res. av 31. mai 1963 at ”havbunnen og de undersjøiske områder utenfor kysten av Kongeriket Norge er undergitt norsk statshøyhet ... likevel ikke ut over midtlinjen i forhold til andre stater.”¹⁵² I tillegg benyttes Havrettstraktaten art. 83 som støtte for dette argumentet, for her står det at midtlinjeprinsippet kun gjelder mellom stater, og dermed vil en midtlinje innenfor en stats eget territorium bety godkjenning av en helt særegen konstruksjon som ikke har grunnlag i folkeretten eller i statspraksis.¹⁵³ I juridisk teori er det også hevdet at forhandlinger om en midtlinje mellom Norges og Svalbards respektive sokler ville medføre en absurditet fordi Norge ville sitte på begge sider av forhandlingsbordet i kraft av sin suverenitet over Svalbard, og slike forhandlinger ville derfor ikke være gjennomførbare.¹⁵⁴

Et motargument som har vært fremsatt er at mange andre stater, særlig føderasjoner, har løst lignende utfordringer administrativt, vanligvis ved å bruke folkerettens regler ved analogi.¹⁵⁵

¹⁴⁶ Rt. 2014 s. 272 avs. 51

¹⁴⁷ *ibid.* avs. 20

¹⁴⁸ Rt. 2014 s. 272

¹⁴⁹ *l.c.*

¹⁵⁰ Fleischer (1983) s. 214

¹⁵¹ *ibid.* s. 214

¹⁵² *ibid.* s. 214

¹⁵³ *ibid.* s. 215

¹⁵⁴ Ulfstein (1995) s. 431-432

¹⁵⁵ Anderson (2009) s. 377

Et eksempel er Canada som har delt kontinentalsokkelen mellom noen av sine provinser, og en voldgiftsrett har brukt folkeretten analogisk for å bestemme en maritim grense mellom Newfoundland og Nova Scotia.¹⁵⁶ Og ikke minst har Norge allerede representert Svalbard i forhandlinger med Norge om fordelingen av territoriet mellom Norge og Svalbard i forbindelse med delelinjen mellom Svalbards 200-mils sone og Norges eksklusive økonomiske sone.¹⁵⁷ At slike forhandlinger har blitt gjennomført gir indikasjoner på at slike forhandlinger ikke utgjør et uoverkommelig problem.¹⁵⁸ I disse forhandlingene ble resultatet at Norge ensidig slo fast at der hvor avstanden mellom Norge og Svalbard er mindre enn 400 mil, så gjelder den grensen som finnes ved ytterkanten av Norges 200-mils eksklusive økonomiske sone, og ikke grensen ved Svalbards 200-mils sone.¹⁵⁹ Argumentet som er benyttet for å begrunne Norges handlemåte i dette tilfellet, om at Norges eksklusive økonomiske sone alltid skal gjelde til 200-mils merket i forhold til Svalbards fiskevernsoner, er at det er urimelig å avspise Norge med en redusert eksklusiv økonomisk sone bare fordi at Norge har akseptert suverenitet over Svalbard.¹⁶⁰

3.1.4 Fortolkning av Svalbardtraktatens ordlyd

Norges hovedargument for at Svalbardtraktaten ikke kan benyttes på sokkelen og i 200-mils sonen er traktatens ordlyd.¹⁶¹ Traktaten definerer nemlig Svalbard som selve øymassen og noen av bestemmelsene gjelder også i territorialfarvannet; traktaten nevner ikke 200-mils sonen og kontinentalsokkelen.¹⁶² I art. 2 (1) kreves for eksempel kun likebehandling for fiske og fangst ”innen de områder som er nevnt i artikkel 1 og deres territorielle farvann.” I art. 3 (2) står det at likebehandling for maritim, industri-, bergverks- og handelsvirksomhet gjelder ”både til lands og i de territorielle farvann.”¹⁶³ Det offisielle norske syn er at traktaten skal tolkes ”først og fremst på grunnlag av ordene og uttrykkene i selve teksten” noe som er i tråd med ”vanlige folkerettslige prinsipper for tolking av traktater”,¹⁶⁴ og dermed følger det at ”Svalbard-traktaten kommer etter sin ordlyd ikke til anvendelse utenfor sjøterritoriet.”¹⁶⁵ Av dette

¹⁵⁶ Anderson (2009) s. 377, se Award of the Tribunal in the Second Phase of the Arbitration Between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia, 26. mars 2002, 128 I.L.R. 504

¹⁵⁷ Ulfstein (1995) s. 431-432

¹⁵⁸ I.c.

¹⁵⁹ I.c.

¹⁶⁰ Ulfstein (2008) avs. 56

¹⁶¹ Meld. St. (2011-2012), s.56

¹⁶² I.c.

¹⁶³ Fleischer (1983) s. 217

¹⁶⁴ St. meld. nr. 22 (2008-2009), s. 21

¹⁶⁵ St. meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

følger det at Norge argumenterer for en bokstavelig tolkning av Svalbardtraktaten som begrunnelse for traktatens geografiske utbredelsesområde.

The Vienna Convention on the law of treaties art. 31-33 fastsetter den rådende metoden for traktattolkning. Konvensjonens bestemmelser om traktattolkning har fått status som folkerettslig sedvanerett, ”a codification of existing international law”,¹⁶⁶ noe både ICJ og den Europeiske menneskerettighetsdomstol har slått fast i flere dommer.¹⁶⁷ Dette innebærer at land som ikke har tiltrådt konvensjonen, som Norge, likevel er bundet av reglene i art. 31-33. Og bestemmelsenes sedvanerettslige status medfører også at traktaten gis tilbakevirkende kraft, dette til tross for at art. 4 slår fast at traktaten ikke har virkning på traktater som er inngått før Wien-konvensjonen om traktatretten. For eksempel tolket ICJ i 1999 en traktat fra 1890 mellom parter som ikke hadde ratifisert Wien-konvensjonen om traktatretten ”in accordance with the rules reflected in Article 31 of the Convention” da retten anså at det var langvarig praksis fra ICJ med å betrakte denne bestemmelsen som folkerettslig sedvanerett.¹⁶⁸

Artikkel 31 (1) i Wien-konvensjonen om traktatretten slår først fast at en traktat skal tolkes i ”god tro”, og at tolkningen skal ta utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av traktatens ordlyd i dens sammenheng. Ordlyden skal tolkes i lys av traktatens gjenstand og formål. I art. 31 (2) defineres ”sammenhengen” både som en traktatrelatert tekstuell sammenheng, inklusive traktatens fortale og vedlegg, og som en bredere sammenheng som omfatter enhver avtale som er sluttet i forbindelse med slutføring av traktaten, art. 31 (2) (a), og et ethvert instrument som har blitt laget av en av traktatpartene i forbindelse med avslutningen av traktaten og som er godtatt av de andre traktatpartene, art. 31 (2) (b). I tillegg skal man ta i betraktning enhver etterfølgende avtale om hvordan traktaten skal tolkes eller implementeres, 31 (3) (a), enhver etterfølgende praksis med hensyn til etterlevelse av traktaten som etablerer partenes enighet om hvordan traktaten skal tolkes, 31 (3) (b), og enhver relevant folkerettsregel som er anvendelig i relasjonene mellom partene, 31 (3) (c). Hvis det kan slås fast at partene ønsker å gi et uttrykk i traktaten et unikt meningsinnhold, i stedet for å bruke en vanlig språklig forståelse av begrepet, kan denne spesielle meningen av ordet benyttes, 31 (4). Art. 32 gir rom for å anvende supplerende kilder ved traktattolkningen, herunder traktatens forarbeider og omstendighetene rundt traktatens slutføring. Dette gjøres enten for å oppnå en bekreftelse av tolkningsresultatet etter en tolkning i tråd med art. 31 eller for å fastsette meningsinnholdet dersom tolkningsresultatet er tvetydig eller uklart, 32 (a), eller dersom tolkningen leder til et åpenbart absurd eller urimelig resultat, 32 (b). Art. 33 omhandler tolkning av traktater som er gyldige på to eller flere ulike språk.

¹⁶⁶ Ruud og Ulfstein (2011) s. 88-89, se Guinea-Bissau v. Senegal, avs. 48

¹⁶⁷ Churchill og Ulfstein (2010) s. 567, se fotnote 47

¹⁶⁸ Anderson (2009) s. 379, se Botswana v. Namibia, avs. 18

Art. 31 (1) slår fast at en traktat skal tolkes i god tro, og dette skal ses i sammenheng med regelen om at avtaler skal holdes i art. 26, som også refererer til god tro.¹⁶⁹ At tolkningen skal skje i god tro betyr at traktatpartene har en lojalitetsplikt overfor hverandre og de skal velge et tolkningsresultat som korresponderer med deres felles hensikter.¹⁷⁰ ICJ har uttalt at dette fører til at partene har en plikt til å velge en tolkning av traktaten som virkeliggjør dens formål og deres intensjoner, heller enn en bokstavelig ordlydsfortolkning, ”... it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized.”¹⁷¹ Formålet er imidlertid ikke et uavhengig tolkningsmoment, men skal anvendes i lys av traktatens ordlyd, og som utgangspunkt er det ordlyden som er det beste uttrykket for hva avtalen går ut på.¹⁷²

Norges argument for at det ikke kan kreves likebehandling i 200-mils sonen og på kontinentalsokkelen er som nevnt at traktatens klare ordlyd ikke gir grunnlag for gi traktatpartene slike rettigheter.¹⁷³ Det står ikke i traktaten at andre enn nordmenn skal ha rettigheter i disse sone-
ne,¹⁷⁴ og ingenting i traktatens ordlyd forbyr Norge å utøve rettigheter over Norges kontinentalsokkel.¹⁷⁵ Til støtte for dette synspunktet kan man trekke frem voldgiftsavgjørelsen *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* fra 1951.¹⁷⁶ I denne saken hadde det blitt tildelt oljekonsesjoner til alle Abu Dhabis sjø- og landterritorier før kontinentalsokkelen ble anerkjent som et juridisk begrep, og retten fant at rettighetene ikke omfattet kontinentalsokkelen fordi avtaleteksten ikke nevnte sokkelen.¹⁷⁷ Teksten i avtalen var avgjørende, den nevnte ikke kontinentalsokkelen men ”the sea waters”, og det hadde aldri streift sjeiken da avtalen ble utferdiget at hans jurisdiksjon skulle omfatte kontinentalsokkelen i fremtiden.¹⁷⁸ Likeledes kan også avgjørelsen i *Petroleum Development (Qatar) v. Ruler of Qatar* fra 1951, hvor retten også kom frem til et tilsvarende resultat, gi støtte til samme argument.¹⁷⁹ På den annen side kan det argumenteres for at disse dommene kun gir en begrenset støtte for det norske synet at Svalbardtraktaten ikke kan gis anvendelse i 200-mils sonen og på sokkelen, fordi dommene

¹⁶⁹ Ruud og Ulfstein (2011) s. 89

¹⁷⁰ Ruud og Ulfstein (2011) s. 89

¹⁷¹ *ibid.* s. 88-89, se *Hungary v. Slovakia*, avs. 142

¹⁷² Ruud og Ulfstein (2011) s. 92

¹⁷³ Fleischer (1983) s. 218

¹⁷⁴ *ibid.* s. 233

¹⁷⁵ *ibid.* s. 222

¹⁷⁶ Fleischer (1983) s. 227-228, og (1994) s.112

¹⁷⁷ Fleischer (1983) s. 227-228

¹⁷⁸ *l.c.*

¹⁷⁹ Fleischer (1994) s.112

dreide seg om tolkning av konsesjoner og ikke om traktattolkning.¹⁸⁰ Det svekker også avgjørelsens rettskildeverdi at tvistene sto mellom en stat og et privat selskap.¹⁸¹ I tillegg kan det redusere avgjørelsens vekt at voldgiftsretten i Abu Dhabi-saken ikke benyttet uttrykkelig folkerett,¹⁸² og at voldgiftsrettsdommer Lord Asquiths bemerkning om at kontinentalsokkelen ikke fantes som et juridisk konsept da han formulerte sin avgjørelse ikke hadde noen betydning for saken da hans avgjørelse kunne ha vært den samme selv om sokkelen hadde eksistert som begrep på det aktuelle tidspunkt.¹⁸³

Annen rettspraksis er i juridisk litteratur trukket frem som støtte for det syn at Svalbardtraktaten ikke kan benyttes på sokkelen og i 200-mils sonen. I voldgiftsrettsaken om deling av marine områder i saken Guinea-Bissau v. Senegal i 1989 kom retten til under dissens at en avtale fra 1960 mellom landene ikke inkluderte den eksklusive økonomiske sone fordi begrepet ikke eksisterte på det tidspunkt avtalen ble inngått, og avtalen måtte tolkes i lys av den rett som var gjeldende da avtalen ble konkludert.¹⁸⁴ Voldgiftsretten mente at å innfortolke en maritim sone som ikke hadde eksistert da avtalen mellom landene ble inngått ville innebære en reell modifikasjon av teksten, og retten refererte til ICJ i sin uttalelse om at det var dens plikt å tolke avtalen og ikke revidere den.¹⁸⁵ Også i voldgiftsrettsavgjørelsen i tvisten Guyana v. Suriname i 2007 ville retten ikke automatisk utvide territorialfarvannet fra den tidligere grensen på 3 mil til den nye grensen for territorialfarvannet på 12 mil blant annet av hensyn til navigasjonsforhold i området, med hjemmel i Havrettstraktaten art. 15, 2. punktum.¹⁸⁶

Men det finnes også rettspraksis som går i motsatt retning enn de foregående sakene. I Aegean Sea Continental Shelf Case fra 1978 kom ICJ frem til at en jurisdiksjonserklæring som ble avgitt i 1928 også omfattet kontinentalsokkelen, selv om det juridiske begrepet kontinentalsokkel ikke hadde oppstått på det tidspunktet.¹⁸⁷ Saken viser at traktater som har blitt inngått før kontinentalsokkelen fantes som et juridisk begrep kan bli anvendt på kontinentalsokkelen.¹⁸⁸ Og i ICJ-saken Oil Platforms fra 2003 fant retten da den skulle tolke begrepet "territory" i 1955-traktaten "Treaty of Amity" at det ikke var forsvarlig å skille mellom olje som hadde blitt produsert i Irans territorialfarvann, på land eller på sokkelen eller i Irans øko-

¹⁸⁰ Ulfstein (1995) s. 436

¹⁸¹ Ruud og Ulfstein (2011) s.158

¹⁸² Ulfstein (1995) s. 436

¹⁸³ Churchill og Ulfstein (2010) s. 577

¹⁸⁴ Ruud og Ulfstein (2011) s.159, se Guinea-Bissau v. Senegal, avs. 85

¹⁸⁵ I.c.

¹⁸⁶ Guyana v. Suriname, avs. 311, 313 og 315

¹⁸⁷ Ulfstein (1995) s. 437 og Ruud og Ulfstein (2011) s. 158, se Greece v. Turkey, avs. 77

¹⁸⁸ Ruud og Ulfstein (2011) s. 159

nomiske sone.¹⁸⁹ Retten skilte med andre ord ikke mellom de ulike maritime sonene til tross for at begrepet kontinentalsokkel ble introdusert etter at traktaten mellom Iran og USA hadde blitt inngått.¹⁹⁰ Som en kort oppsummering av rettspraksis kan man si at den til tider er sprikende og ikke nødvendigvis gir stor veiledning for hvordan Svalbardtraktaten skal tolkes da ikke noen av traktatene i nevnte rettspraksis er direkte sammenlignbare med Svalbardtraktaten.¹⁹¹

Hvis man ser nærmere på selve ordlyden i art. 1 i Svalbardtraktaten kan det bemerkes at ifølge art. 1 gjelder Norges suverenitet ”Spitsbergenøgruppen”, som i tillegg til Bjørnøya og Barentsøya, er definert som de øyer, holmer og skjær som ligger innenfor visse geografiske koordinater. Etter selve ordlyden har Norge da ikke suverenitet i territorialfarvannet rundt Svalbard. Men et grunnleggende prinsipp i havretten er at landmassen har herredømme over sjøen, ”the land dominates the sea”¹⁹² eller ifølge ICJ ”It is the land which confers upon the coastal State a right to the waters off its coasts.”¹⁹³ Og selv om territorialfarvannet ikke er nevnt i art. 1 skal denne bestemmelsen tolkes som at den omfatter Norges suverenitet over farvannet i tillegg til landmassen, og at traktatpartene som en konsekvens anerkjenner Norges suverenitet over territorialfarvannet.¹⁹⁴

Etter ordlyden i art. 3 første ledd har traktatpartene lik rett til visse aktiviteter i ”farvannene” innen områdene nevnt i artikkel 1, og i den engelske versjonen heter det at ”the nationals of all the High Contracting Parties shall have equal liberty of access and entry for any reason or object whatever to the waters, fjords and ports of the territories specified in Article 1; subject to the observance of local laws and regulations, they may carry on there without impediment all maritime, industrial, mining and commercial operations on a footing of absolute equality.”¹⁹⁵ I art 3 første ledd står det at rettighetene gjelder i ”the waters” og ikke i territorialfarvannet, og hvis man kun skal se på ordlyden i dette avsnittet i denne artikkelen gjelder rettighetene til ulike ”operations” det indre farvann som hører under Svalbard som definert i art. 1 etter datidens havrett.¹⁹⁶ Det er også usannsynlig at ”waters” omfatter hav utover territorialfarvannet da det er usannsynlig at traktaten ville gitt rettigheter i åpent hav som allerede var fritt tilgjengelig for traktatpartene.¹⁹⁷ Når det gjelder bruk av begrepet ”territoriale farvann” i

¹⁸⁹ Ruud og Ulfstein (2011) s. 159, se *Islamic Republic of Iran v. USA*, avs. 82

¹⁹⁰ *Convention of the Continental Shelf*, 1964

¹⁹¹ Churchill og Ulfstein (2010) s. 580

¹⁹² *Germany v. Denmark*; *Germany v. Netherlands*, avs. 96

¹⁹³ Anderson (2009) s. 376, se *UK v. Norway*, s. 133

¹⁹⁴ Anderson (2009) s. 376

¹⁹⁵ St.prp. nr. 36 (1924), s. 30

¹⁹⁶ Churchill og Ulfstein (2010) s. 570

¹⁹⁷ l.c.

art. 3 andre ledd er det sannsynlig at dette uttrykket ble brukt for å differensiere det fra de indre farvann som ble omtalt i art. 3 første ledd slik at de ulike delene av bestemmelsen ikke skulle dekke samme område.¹⁹⁸

Men hvis traktatens ordlyd ikke gir tilstrekkelig veiledning for tolkningen har FNs folkerettskommisjon bestemt, under forberedelsene av Wien konvensjonen om traktattolkning, at man skal legge stor vekt på formålet og velge den tolkning som best realiserer traktatens intenderte effekt, det såkalte effektivitetsprinsippet: ”When a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the object and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted.”¹⁹⁹

Det er hevdet i juridisk teori at ordlyden i art. 2 og art. 3 i Svalbardtraktaten ikke gir en klar indikasjon på at det var partenes intensjon å begrense traktatpartenes rettigheter til territorialfarvannet for all fremtid, men heller at partenes intensjon var å inkludere alle kjente maritime områder, som derigjennom ville bli omfattet av begrensningene på Norges suverenitet.²⁰⁰ Da traktaten ble inngått fantes ikke begrepene kontinentalsokkel og 200-mils sone,²⁰¹ og forfatterne forutså ikke at jurisdiksjonen til Svalbard kunne utvides geografisk – men de ville at like økonomiske rettigheter for traktatpartene skulle gjelde i alle de maritime soner som fantes i havretten på det tidspunkt traktaten ble skrevet.²⁰² Det har også blitt pekt på at Norge leverte et utkast til Spitsbergenkommisjonen hvor Norge var åpen for likebehandling av traktatpartene med hensyn til fiske og bergverksdrift, og innholdet i dette utkastet til Svalbardtraktaten har blitt benyttet i juridisk teori til å argumentere for at Norge kanskje ville ha vært like åpen for å tillate likebehandling dersom havretten hadde anerkjent flere maritime soner på det tidspunktet.²⁰³ Dette, samt at hensikten med traktaten var å sikre like rettigheter for traktatpartene, ved å bevare deler av statenes *terra nullius*-rettigheter i form av likebehandlingsprinsippet, selv om Norge ble tildelt suvereniteten, kan tale for at traktaten bør tolkes utvidende eller analogisk og gjelde i 200-mils sonen og på sokkelen.²⁰⁴ Det har imidlertid vært påpekt at det ikke fantes en allerede eksisterende rett for traktatpartene til fiske og bergverksdrift utenfor territorialfarvannet under *terra nullius*-regimet.²⁰⁵ Slike rettigheter gjaldt også de som ikke var part i

¹⁹⁸ Churchill og Ulfstein (2010) s. 570

¹⁹⁹ Ruud og Ulfstein (2011) s. 92, se YBIL 1966-II s. 219

²⁰⁰ Ulfstein (1995) s. 440

²⁰¹ Ruud og Ulfstein (2011) s. 158

²⁰² Ulfstein (1995) s. 421 og s. 428

²⁰³ Churchill og Ulfstein (2010) s. 574, se fotnote 59

²⁰⁴ Ulfstein (1995) s. 428, s. 434, og s. 438

²⁰⁵ Churchill og Ulfstein (2010) s. 572

traktaten, og da kan man ikke hevde at en slik rett blir bevart ved opprettelsen av Svalbardtraktaten.²⁰⁶

Det motsatte standpunkt har også blitt fremført, nemlig man ikke kan basere en folkerettslig plikt eller grense for et lands suverenitet etter hvordan man forestiller seg at traktatpartene ville ha agert dersom de visste hvordan kyststatens grenser ville utvide seg²⁰⁷ og derved tillegge traktatpartene en intensjon som de kanskje ikke hadde: Det forhold at ingen regnet med at sokkelen kunne utnyttes, eller at kyststaten skulle få suverenitet over sokkelen da Svalbardtraktaten ble fullført, gir ikke rettslig grunnlag for å revidere en avtale fordi situasjonen utviklet seg i en annen retning enn man tenkte på avtaletidspunktet.²⁰⁸ Det finnes derimot holdpunkter for at det var intensjonen til traktatskriverne i la Commission du Spitsberg at Norges suverenitet skulle være absolutt i alle anliggender som ikke ble konkret berørt i traktaten.²⁰⁹ I forbindelse med forberedelsen av traktaten uttalte kommisjonens president Larouche at "toutes les dérogations à la souveraineté se trouvent dans le Traité en préparation; pour le surplus, il y a lieu d'appliquer la souveraineté de la Norvège." (La Commission du Spitsberg, procès-verbal no. 10 på s. 60).²¹⁰ Alle unntak fra suvereniteten skulle finne hjemmel i traktaten, og for andre spørsmål utover dette skulle norsk suverenitet anvendes. I tillegg har det blitt påpekt at det er traktatens hensikt å sørge for fredelig bruk av Svalbard, og at en utvidelse av virkeområdet av Svalbardtraktaten til utenfor territorialfarvannet kan ha den konsekvens at denne intensjonen ikke blir realisert.²¹¹

For å respektere traktatpartenes intensjoner, og realisere traktatens formål, må man ved tolkning av eldre traktater ta utgangspunkt i ordlydens betydning på den tiden traktaten ble fullført.²¹² ICJ har imidlertid i flere saker benyttet en dynamisk tolkningsmetode som innebærer at man skal ta hensyn til at begreper i traktaten har fått en annen betydning over tid, og at traktaten derfor skal tolkes i lys av dagens rettsoppfatning.²¹³ I Nicaragua v. Costa Rica uttalte ICJ at "... there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used – or some of them – a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order

²⁰⁶ Churchill og Ulfstein (2010) s. 572

²⁰⁷ Fleischer (1983) s. 219

²⁰⁸ ibid. s. 218

²⁰⁹ Fleischer (2007) s. 4

²¹⁰ l.c.

²¹¹ Churchill og Ulfstein (2010) s. 572

²¹² Ruud og Ulfstein (2001) s. 91

²¹³ l.c.

to respect the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied.”²¹⁴ Det kan med andre ord ha vært traktatpartenes felles intensjon, eller man kan anta at dette var intensjonen, å benytte begreper hvis meningsinnhold har en endringskapasitet i forhold til utviklingen i folkeretten. Og i slike tilfeller respekterer man traktatpartenes opprinnelige intensjon ved å tolke begreper ut fra deres nåtidige betydning når man anvender traktaten.

I samme sak mente ICJ at også i tilfeller hvor det ikke nødvendigvis var partenes uttrykkelige formål å anvende begreper som er åpne for en dynamisk tolkning, men hvor man kunne anta at partene nødvendigvis har vært klar over at begrepene kunne endre innhold over tid, eller hvor traktaten hadde blitt inngått for en lengre periode eller hadde vart over lengre tid, så må man anta at det faktisk var partenes intensjon at disse begrepene skulle tolkes ut fra den betydning ordene hadde fått over tid: ”where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is “of continuing duration”, the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning.”²¹⁵ Likeledes uttalte ICJ i *Gabcíkovo-Nagymaros Project* fra 1997²¹⁶ at hvis man ratifiserer en traktat med bestemmelser som er i utvikling, så godtar man derved den mulige fremtidige utviklingen av begrepet, ”By inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project.” I denne saken hadde partene opprinnelig vært enige i flere bestemmelser om å beskytte vannkvaliteten i Donau og naturen generelt, og retten fastslo at Ungarn ikke kunne tre ut av traktaten fordi nye miljøvernnormer hadde oppstått. Retten uttalte at traktaten ikke var statisk og at den var åpen for nye og fremvoksende normer i folkeretten.²¹⁷

Det har vært fremført argumenter for at Svalbardtraktaten burde kunne tolkes ved hjelp av en dynamisk tolkningsmetode.²¹⁸ For eksempel har Norge allerede tolket begrepet territorialfarvann dynamisk da Norge utvidet territorialfarvannet fra 4 mil til 12 mil etter at sonen ble endret i folkeretten, og denne handlemåten kan åpne for å benytte en dynamisk tolkning for andre maritime soner utenfor territorialfarvannet.²¹⁹ Det har også vært anført at ICJs dynamiske tolkning av begrepet ”territorial status” i *Aegean Sea Continental Shelf*-saken støtter

²¹⁴ Ruud og Ulfstein (2011) s. 92, se *Costa Rica v. Nicaragua*, avs. 64

²¹⁵ *Costa Rica v. Nicaragua*, avs. 66

²¹⁶ *Hungary v. Slovakia*, avs. 112

²¹⁷ *l.c.*

²¹⁸ Ulfstein (1995) s. 428

²¹⁹ *l.c.*

argumentet om at et bevegelig og foranderlig begrep som "territorialfarvann" også kan bli utsatt for en dynamisk tolkning,²²⁰ og i tillegg er det i juridisk teori funnet støtte for en dynamisk tolkning av traktaten i Spitsbergenkommisjonens beslutning om å ikke fikse grensen for territorialfarvannet.²²¹ Det som taler mot en dynamisk tolkning av "territorialfarvannet" er at opprettelsen av 200-mils sonen i internasjonal havrett var et resultat av problemer med ressursforvaltning på det åpne hav, og som konsekvens ble kyststatssoner etablert som en konvertering av områder som tidligere hadde vært åpent hav.²²² 200-mils sonen er ikke en utvidelse av territorialfarvannet men en selvstendig og ny rettsordning innen havretten,²²³ og dette taler mot å utvide Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde til å inkludere 200-mils sonen. Og hvis man bruker en dynamisk tolkningsmetode for generiske uttrykk i traktaten så har "territorial waters" samme mening som territorialfarvann i Havrettstraktaten, og denne kan ikke inkludere området utenfor en 12-mils grense.²²⁴

3.1.5 Det restriktive tolkningsprinsipp

I tillegg til å benytte selve ordlyden i Svalbardtraktaten som et argument for at Svalbardtraktaten ikke får anvendelse i 200-mils sonen og på sokkelen, argumenterer Norge også for at deler av Svalbardtraktatens ordlyd skal tolkes etter det restriktive tolkningsprinsipp som var dominerende på det tidspunkt da traktaten ble inngått, og som var kjent blant forfatterne av traktaten.²²⁵ Norge argumenterer i St. meld. nr. 40 "Svalbard" at "under forhandlingene om Svalbard-traktaten var man fullt oppmerksom på at prinsippet om at suverenitetsinnskrenkende traktatsbestemmelser skal fortolkes restriktivt og at norsk suverenitet over Svalbard ville bli almen og ha full rekkevidde der traktaten ikke oppstilte spesifikke begrensninger."²²⁶

Det restriktive tolkningsprinsipp innebærer en innskrenkende tolkning av traktater og har til hensikt å respektere statenes suverenitet. ICJ refererte til dette prinsippet i sin rådgivende uttalelse om Treaty of Lausanne i 1925 da den sa at "if the wording of a treaty provision is not clear, in choosing between several admissible interpretations, the one which involves the minimum of obligations for the Parties should be adopted."²²⁷ Det restriktive tolkningsprinsipp har imidlertid mistet mye av sin gjennomslagskraft og vekt i forhold til tidligere, blant annet

²²⁰ Ulfstein (1995) s. 438

²²¹ Ulfstein (1995) s. 429

²²² Fife (2014)

²²³ l.c.

²²⁴ Churchill og Ulfstein (2010) s. 569

²²⁵ Ulfstein (1995) s. 421, se St. meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

²²⁶ Ulfstein (1995) s. 421-422, se St. meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

²²⁷ Crema (2010), s. 685, se Interpretation of art. 3 para. 2 of the Treaty of Lausanne, Advisory Opinion, 1925 PCIJ Series B, no. 12, 7, s. 25

fordi det det anses som viktigere å påse at traktater blir gjennomført på en effektiv måte enn å respektere statenes suverenitet.²²⁸ Og at det restriktive tolkningsprinsipp ikke er tatt med i Wienkonvensjonen om traktattolkning sier også noe om prinsippets vekt.²²⁹

I juridisk litteratur om internasjonal rett blir det nå fremholdt at det restriktive tolkningsprinsipp ikke skal få overskygge den primære tolkningsmetoden som er tekst- og intensjonsbasert, og det legges vekt på at i rettspraksis har det restriktive tolkningsprinsipp fått mindre omfang enn før da ICJ forpliktet seg i en rekke saker til å bruke det restriktive tolkningsprinsipp der hvor tvisten gjaldt innskrenkninger på en stats suverenitet.²³⁰ Et uttrykk for denne utviklingen i synet på det restriktive tolkningsprinsipp finner vi i *Costa Rica v. Nicaragua* fra 2009 hvor ICJ ikke var overbevist av Nicaraguas argument om at ved tolkningstil vedrørende en traktat fra 1858 om territoriell suverenitet, så skal begrensninger på en stats suverenitet ”be interpreted narrowly.”²³¹ Domstolen bekreftet ICJs uttalelse i *Lotus-saken*²³² om at ”[r]estrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed”, men uttalte samtidig at ”this does not mean that treaty provisions establishing such limitations, such as those that are in issue in the present case, should for this reason be interpreted *a priori* in a restrictive way.”²³³ ICJ uttalte at traktatbestemmelser som begrenset en stats suverenitet skulle tolkes som enhver annen traktatbestemmelse: ”A treaty provision which has the purpose of limiting the sovereign powers of a State must be interpreted like any other provision of a treaty, i.e. in accordance with the intentions of its authors as reflected by the text of the treaty and the other relevant factors in terms of interpretation.”²³⁴

Norge finner støtte for sitt synspunkt, at suvereniteten over Svalbard kun kan innskrenkes ved å gi traktaten anvendelse på sokkelen og i 200-mils sonen dersom det finnes ”klar” hjemmel i traktaten, i traktatens ordlyd og i ”det alminnelige folkerettslige prinsipp for fortolkning av traktater.”²³⁵ Motargumentet er at prinsippet om proporsjonalitet, som innebærer at Norges suverenitet kun kan innskrenkes dersom det finnes et klart grunnlag i traktaten, ikke har avgjørende vekt fordi begrensningene i art. 2 og art. 3 ikke begrenser kjernen av suverenitet, som retten til selvforsvar.²³⁶ Videre er det fremsatt et argument om at det restriktive tolkningsprinsipp kun kan anvendes dersom man ikke kan finne frem til partenes intensjon på

²²⁸ Ruud og Ulfstein (2011) s. 92

²²⁹ Brownlie (2008) s. 635

²³⁰ I.c.

²³¹ Crema (2010) s. 681, se *Costa Rica v. Nicaragua*, avs. 48

²³² Crema (2010) s. 681, se *France v. Turkey*, s. 18

²³³ Ruud og Ulfstein (2011) s. 92, se *Costa Rica v. Nicaragua*, avs. 48

²³⁴ I.c.

²³⁵ St. meld. nr. 22 (2008-2009), s. 20-21

²³⁶ Ulfstein (1995) s. 440

andre måter, og det er som kjent ulike oppfatninger av hva traktatpartenes intensjoner bestod i da traktaten ble konkludert.²³⁷

I juridisk teori har det også blitt fremhevet et annet argument som taler mot å foreta en restriktiv tolkning av traktater, nemlig at dersom man tolker ordlyden restriktivt, vil det få andre konsekvenser som gir et resultat som avviker fra normal praksis i folkeretten.²³⁸ Ved å anvende en restriktiv tolkningsmetode vil traktatpartene få større rettigheter på landterritoriet og i territorialfarvannet, som lik rett til oljeutvinning og høsting av naturressurser, enn i 200-mils sonen.²³⁹ Det motsatte er vanlig, som at andre stater har flere rettigheter i 200-mils sonen enn i territorialfarvannet, og resultatet av Norges anvendelse av det restriktive tolkningsprinsipp vil representere en anomali i folkeretten.²⁴⁰

Man kan kanskje tenke seg en alternativ måte å nærme seg spørsmålet om hvordan traktaten skal tolkes, om man skal velge en restriktiv eller en dynamisk tolkningsmetode. Man kan ta utgangspunkt i forskjellen mellom de respektive rettigheter som traktaten gir Norge vs. de andre traktatpartene, nemlig de skapte rettigheter i forhold til de eksisterende rettigheter. I *Island of Palmas*-saken uttalte domstolen at dersom retten har utviklet seg over tid, og man må bestemme hvilket rettssystem man skal benytte i en gitt sak, så må man skille mellom de skapte rettigheter og de rettigheter som allerede eksisterer.²⁴¹ Retten uttalte at fordi det samme prinsippet som bestemmer at en handling som skaper en rettighet skal være underlagt den rett som gjelder da rettigheten ble skapt, det prinsippet krever også at en rett som allerede eksisterer og som fortsetter å manifestere seg skal følge betingelsene under den rett som til enhver tid gjelder, og følge denne retts evolusjon: "As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied in a particular case (the so-called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law."²⁴² Så i forhold til Svalbardtraktaten ble en rettighet skapt da Norge ble tildelt suvereniteten, mens de økonomiske rettighetene til traktatpartene under art. 2 og art. 3 var allerede eksisterende rettigheter som ble videreført fra *terra nullius*-regimet, som igjen var en videreføring av *mare liberum*-regimet. Ifølge rettens uttalelse ville man da anvende en dynamisk forståelse av trak-

²³⁷ Ulfstein (1995) s. 440

²³⁸ *ibid.* s. 429

²³⁹ *ibid.* s. 429

²⁴⁰ *ibid.* s. 429

²⁴¹ *Netherlands v. USA*, s. 845

²⁴² *l.c.*

tatpartenes rettigheter og gi traktatpartene de rettigheter som til enhver tid gjelder, og det ville da inkludere rettigheter til ressursutnyttelse i alle Svalbards maritime soner, og ikke bare til lands og i territorialfarvannet som var de sonene som er eksplisitt nevnt i traktaten. På den annen side kan man da argumentere for at man skal tolke traktaten restriktivt i favør av Norges suverenitet over Svalbard, fordi det var den gjeldende normen i rettssystemet da denne retten ble skapt, og hvis man tolker traktatpartenes videreførte eksisterende rettigheter dynamisk på samme tid vil det ikke gi et resultat som er konsekvent.

3.1.6 Statspraksis

Art. 31 (3) b i Wienkonvensjonen om traktatretten slår fast at i tillegg til å tolke bestemmelsene i traktaten i sammenheng så skal også etterfølgende praksis tas i betraktning når en traktat skal tolkes: "There shall be taken into account, together with the context: any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation." En stats praksis i etterkant av at en traktat har blitt ratifisert kan betraktes som et uttrykk for hvordan staten mener at traktaten er å forstå, og vekten av slik praksis er avhengig av hvor varig og konsistent den er.²⁴³ Statenes praksis i forbindelse med hvordan de oppfatter Svalbardtraktaten skal tolkes er relevant for en forståelse av hva som er Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde.

Norge gjorde krav på sokkelen rundt Svalbard ved kgl. res. 31. mai 1963 og brukte folkeretten som hjemmel, og som støtte for Norges krav har det i juridisk teori blitt hevdet at det ikke foreligger folkerettslig sedvane for å legge kyststatens sokkel inn under en tidligere inngått avtale som Svalbardtraktaten.²⁴⁴ Norge har i etterkant av denne resolusjonen basert senere lovgivning på denne forståelsen av hva som utgjør norsk kontinentalsokkel.

Det kan på den annen side argumenteres at Norges statspraksis ikke har vært konsekvent med hensyn til å betrakte sokkelen rundt Svalbard som Norges egen sokkel.²⁴⁵ Årsaken til dette er at Svalbard ble benyttet som utgangspunkt ved avgrensningen mot og delingen av sokkelen med Russland, og ved beregningen av yttergrensen for kontinentalsokkelen i Polhavet.²⁴⁶ Dette indikerer at Norge agerer som om Svalbard faktisk har sin egen sokkel, og at den ikke er en del av Norges fastlandssokkel.²⁴⁷ Norges mangel på konsekvent holdning til om Svalbards territorium kan sies å være et argument for at Svalbardtraktaten kan anvendes på sokkelen og i

²⁴³ Ruud og Ulfstein (2011) s. 95

²⁴⁴ Fleischer (1983) s. 220

²⁴⁵ Ulfstein (1995) s. 423-424

²⁴⁶ Henriksen (2011) s. 2

²⁴⁷ Ulfstein (1995) s. 423-424

200-mils sonen fordi bruken av sokkelen som utgangspunkt for forhandlingene markerer et brudd med Norges standpunkt fra 1963 og praksis rundt kontinentalsokkelen rundt Svalbard.

Videre kan Norges opprettelse av en fiskevernsonen rundt Svalbard også ses på som en aksept fra Norges side om at Svalbardtraktaten får anvendelse i 200-milssonen,²⁴⁸ fordi Norge bruker sin suverenitet over Svalbard til å etablere denne maritime sonen. Og man kan hevde at praksis i forbindelse med fiskevernsonen etablerer at art. 2 gjelder i denne sonen,²⁴⁹ men Norge har argumentert at opprettelsen av en ikke-diskriminerende fiskevernsonen ikke kan tas til inntekt for det syn at traktaten får anvendelse i denne sonen, men at fiskevernsonen som tidligere nevnt ble etablert for å unngå konflikt i området og vise ”good faith” ved at man unnlot å opprette en eksklusiv økonomisk sone tilhørende Norge rundt Svalbard, og kanskje for å unngå å fremprovosere en rettslig behandling av spørsmålet om likebehandling i de omtvistede områdene som Norge muligens ville tape.²⁵⁰

Norges synspunkt om at Svalbardtraktaten ikke gjelder på sokkelen eller i fiskevernsonen rundt Svalbard har møtt motbør blant flere av de andre av traktatpartene over flere år.²⁵¹ Sovjetunionen uttrykte i 1970 at vilkårene i traktaten også burde få anvendelse fullt og helt på sokkelen utenfor territorialfarvannet,²⁵² og advarte Norge mot ensidig å ta skritt som ikke var forenelige med Svalbardtraktaten.²⁵³ Og Norges nærmeste allierte, nemlig Storbritannia og USA, uttrykte sin reservasjon mot Norges forståelse av Svalbardtraktatens anvendelsesområde i årene 1974-1975,²⁵⁴ en handlemåte som innebar at de senere kunne stå fritt til å imøtegå Norges tolkning av traktaten. USA uttalte imidlertid at det var deres holdning at Svalbard genererer sin egen kontinentalsokkel²⁵⁵ og USA støtter Norges rettigheter som kyststat basert på suvereniteten over Svalbard i Svalbardtraktaten til å utøve maritime jurisdiksjon på sokkelen av de til enhver tid gjeldende rettigheter etter folkeretten.²⁵⁶ Også Storbritannia uttalte i 1986 at Svalbard har sin egen sokkel hvor traktaten får anvendelse,²⁵⁷ og arrangerte et møte for flere av traktatpartene i 2006 for å koordinere en holdning til Svalbardtraktat-spørsmålet hvor Norge ikke var invitert.²⁵⁸

²⁴⁸ Ulfstein (1995) s. 439-440

²⁴⁹ Churchill og Ulfstein (2010) s. 573

²⁵⁰ Ulfstein (1995) s. 439-440

²⁵¹ *ibid.* s. 422

²⁵² Pedersen (2011) s. 124

²⁵³ Pedersen (2009) s. 322

²⁵⁴ *l.c.*

²⁵⁵ Pedersen (2011) s. 125

²⁵⁶ *ibid.* s. 126

²⁵⁷ Ulfstein (1995) s. 422, se St. meld. nr. 40 (1985-86), s. 9

²⁵⁸ Pedersen (2009b) s. 36-37

Blant de andre statene som mener at Svalbardtraktaten får anvendelse utenfor territorialfarvannet til Svalbard er Italia,²⁵⁹ Island, Nederland og Spania,²⁶⁰ og Russland, Island og Spania har i etterkant av den kalde krigen protestert mot Norges lovgivning og utøvelse av jurisdiksjon i fiskevernsonen.²⁶¹ Danmark har siden 1970-tallet endret sin posisjon fra støtte av Norges synspunkt til reservasjon, og har endt opp med dagens konfronterende stilling til Norges holdning til Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde.²⁶² Frankrike og Tyskland har gjort gjeldende at de reserverer sin holdning i forhold til spørsmålet om traktaten får anvendelse på sokkelen utenfor Svalbard mens flertallet av traktatpartene ikke har tatt stilling til spørsmålet i offentligheten.²⁶³

Man kan kanskje argumentere for at de statene som har valgt å unnlate å kommentere offentlig vedrørende traktatens anvendelsesområde faktisk støtter Norges krav på eksklusivt herredømme utenfor territorialfarvannet.²⁶⁴ Kun Finland i 1976 og Canada i 1995 har offentlig gitt sin støtte til Norges synspunkt om at traktaten ikke gjelder på sokkelen eller i 200-mils sonen rundt Svalbard, men det er uklart om støtten fra Canada fortsatt er virksom da traktaten som fastslo støtten i traktatens fortale ikke har blitt ratifisert, og det kan synes som om Finlands støtte ble trukket tilbake i 2005.²⁶⁵ Uansett kan en ikke-ratifisert traktat verken skape juridiske rettigheter eller plikter og Canadas mulige støtte kan ikke baseres på denne traktaten.²⁶⁶

Det er vel verdt å merke seg at Russland igjen har protestert mot Norges tolkning av Svalbardtraktaten og at Norge har respondert ved å fremholde sitt krav på sokkelen rundt Svalbard. I forbindelse med 23. konsesjonsrunde for oljeindustrien nord i Barentshavet, hvor blant annet Svalbardblokken har blitt lagt ut for anbud, har Russland via sin ambassadør til Norge

²⁵⁹ Pedersen (2011) s. 123

²⁶⁰ Churchill og Ulfstein (2010) s. 565

²⁶¹ Pedersen (2011) s. 123

²⁶² Pedersen (2009) s. 322 og s. 328

²⁶³ Churchill og Ulfstein (2010) s. 565

²⁶⁴ Pedersen (2011) s. 123

²⁶⁵ Churchill og Ulfstein (2010) s. 564-565, "Agreement between the Government of Norway and the Government of Canada on Fisheries Conservation and Enforcement" (1995)

²⁶⁶ Guyana v. Suriname, avs. 312, hvor det refereres til Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land (Belgium v. Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports, 1959, p. 209, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1147 : "Uncompleted treaties, such as the 1939 or 1949 British draft treaty, do not create legal rights or obligations merely because they had been under consideration. This point was decided by the ICJ in the Sovereignty over certain Frontier Lands case. There, the Court considered efforts in 1889 and 1892 "by the two States to achieve a regular and continuous frontier between them" which ended in the drafting of a convention, but not in its ratification. The Court concluded that "[t]he unratified Convention of 1892 did not, of course, create any legal rights or obligations"

gjort gjeldende at de mener at dette området av sokkelen er underlagt Svalbardtraktaten og ikke kan betraktes som norsk kontinentalsokkel.²⁶⁷

3.1.7 Reelle hensyn

Det har vært hevdet at det er urimelig at suverenitetsbegrensningene i Svalbardtraktaten skulle utvides til 200-mils sonen og på sokkelen rundt Svalbard fordi dette gjelder ”vesentlig større områder” enn hva som var meningen da traktaten ble inngått, og at slike vesentlige begrensninger ikke kan presumeres, men må være skrevne.²⁶⁸ Det kan også ses som urimelig at oljeselskaper skal kunne utnytte oljeressursene på sokkelen rundt Svalbard og kunne kreve anvendt det gunstige skatteregimet i Svalbardtraktaten art. 8, som innebærer at det ikke kan kreves inn mer skatt enn nødvendig for Svalbards og dens drift.²⁶⁹ Sonen og sokkelen rundt Svalbard representerer betydelige verdier og Norge vil gjerne ha eksklusiv tilgang til oljeressursene.²⁷⁰ Ved å godta suverenitetsinnskrenkninger i 200-mils sonen og på sokkelen ville Norge tape stort på slike endringer, både med hensyn til en reduksjon av sitt nåværende territorium og fremtidige inntekter.²⁷¹ Det kan heller ikke sies å være rimelig at nye traktatparter skal kunne bli part i traktaten og få de samme goder og rettigheter som de opprinnelige traktatpartene, de som byttet sine terra nullius-rettigheter for bestemmelsene om likebehandling.²⁷²

Men i overenskomsten med Russland om en maritim avgrensning og samarbeid i Barentshavet avsto Norge 9 300 km² av 200-mils sonen rundt Svalbard til internasjonalt farvann, i den hensikt å oppnå en enhetlig avgrensningslinje som skulle gjelde i forhold til alle jurisdiksjonsområder i folkeretten.²⁷³ I proposisjonen til Stortinget ble det argumentert for denne handlingen ved å si at det tidligere ikke har vært gjennomført fiske i denne sektoren i 200-mils sonen av utenlandske fiskere, og at det utvidete internasjonale farvannet kalt Smutthullet ville bli regulert av norske og russiske fiskeriforvaltningstiltak, Smutthullavtalen og andre internasjonale avtaler.²⁷⁴ Avgivelsen av en del av fiskevernsonen har ført til at spørsmål er blitt reist av en fiskerikomité i EU-parlamentet til EU-kommisjonen om tapet av fiskemuligheter for EU-land som er part i Svalbardtraktaten, og muligheter for kompensasjon for det-

²⁶⁷ Klassekampen 28. februar 2015

²⁶⁸ Fleischer (1983) s. 219

²⁶⁹ Fleischer (1976) s. 147

²⁷⁰ Fleischer (1983) s. 209

²⁷¹ I.c.

²⁷² Churchill og Ulfstein (2010) s. 571

²⁷³ Prop. 43 S (2010-2011), kap. 8

²⁷⁴ I.c.

te.²⁷⁵ Et medlem av Kommisjonen svarte at spørsmålet skulle bli besvart i detalj ved en senere anledning, men ga uttrykk for tilfredsstillelse ved at grensespørsmålet mellom Norge og Russland var løst.²⁷⁶

Det har også blitt satt frem argumenter til støtte for Norges syn på Svalbardtraktatens anvendelsesområde som består i at området rundt Svalbard er av veldig stor betydning for Russlands tilgang til verdenshavene, og Russland er tjent med at Norge har kontroll og sikrer stabilitet i området.²⁷⁷ Og ICJ har uttalt at: "Security considerations are of course not unrelated to the concept of the continental shelf. They were referred to when this legal concept first emerged, particularly in the Truman Proclamation."²⁷⁸ En åpen tilgang og bruk av sokkelen for enhver traktatpart ville kunne oppleves som en trussel for Russland ved at det kunne bli for mye aktivitet i nærhet til deres installasjoner og områder, og vanskelig tilgang for deres trafikk til sjøs.²⁷⁹ Og det tidligere Sovjetunionens interesse i å begrense tilgangen til sokkelen for alle traktatpartene i Svalbardtraktaten nær de strategisk viktige nordvestlige områdene ved Svalbard var nok en viktig grunn til at Sovjetunionen måtte balansere ønsket om tilgang til oljeressursene på sokkelen med sikkerhetsmessige hensyn, ifølge USA i 1975.²⁸⁰ USAs reservasjon, som har vært opprettholdt siden 1974, eller *status quo*, om hvorledes de oppfatter hva som er den riktige tolkningen av Svalbardtraktatens geografiske utbredelsesområde har utviklet seg til noe nær en "policy of noninvolvement or a policy for nonsettlement of the dispute" i et område hvor mange ulike interesser må veies mot hverandre.²⁸¹

Det er også blitt påpekt at grunnlaget for at de andre traktatpartenes rettigheter er begrenset i 200-mils sonen og på sokkelen, er at dersom de hadde slike rettigheter så kunne dette lede til konflikter, skader på miljøet og tolkningsstrid.²⁸² Og i et slikt tilfelle, hvis Svalbard hadde hatt en egen sokkel hvor likebehandlingsprinsippet gjaldt, så ville norske bestemmelser om kontinentalsokkelen ikke gjelde.²⁸³ Det har blitt hevdet at det ville bli veldig tungvint og kreve mye tid å få norske bestemmelser om kontinentalsokkelen inn i Bergverksordningen, og denne

²⁷⁵ European Parliament Parliamentary questions (2014)

²⁷⁶ I.c.

²⁷⁷ Fleischer (1983) s. 223-224

²⁷⁸ Libyan Arab Jamahiriya v. Malta, avs. 51

²⁷⁹ Fleischer (1983) s. 223-224

²⁸⁰ Pedersen (2011) s. 124

²⁸¹ ibid. s. 131

²⁸² Fleischer (1983) s. 223

²⁸³ I.c.

prosessen ville hindre forurensningskontroll.²⁸⁴ I tillegg ville ethvert firma kunne kreve utmål og begynne å bore, og det ville kunne skade miljøet.²⁸⁵

Det finnes imidlertid lange tradisjoner for å løse spørsmål rundt hvordan likebehandlingsprinsippet skal løses konkret i forhold til jakt og fiske til lands og i territorialfarvannet, og traktater med forbud mot forskjellsbehandling basert på nasjonalitet har fungert tilfredsstillende i EU.²⁸⁶ Det skulle derfor ikke by på særskilte problemer å bruke likebehandlingsprinsippet i andre soner rundt Svalbard.²⁸⁷ Og det er likeledes muligheter med hjemmel i traktaten for å regulere aktivitet på og rundt Svalbard slik at miljøet beskyttes.²⁸⁸ Allerede i dag er 65% av landområdet og 87% av territorialfarvannet definert som verneområder.²⁸⁹ Også på områdene utenfor verneområdene dekker miljøvernlovgivningen alle typer virksomhet på Svalbard.²⁹⁰ Og Norge har mulighet til å sikre en fredelig bruk av Svalbard med hjemmel i art. 9

3.2 Konklusjon på spørsmålet om Svalbardtraktaten kan anvendes i 200-mils sonen og på kontinentalsokkelen

Selv om Norge har blitt gitt full suverenitet over Svalbard, var den opprinnelige intensjonen bak Svalbardtraktaten å bevare *terra nullius*-rettighetene til traktatpartene gjennom bestemmelser om likebehandling både på land og til vanns. Det var ingen områder som ble unntatt fra likebehandlingsprinsippet i traktaten, og suvereniteten til Norge ble innskrenket på alle kjente geografiske områder og i forbindelse med all aktuell virksomhetsutøvelse. Norge ble tildelt suvereniteten for å skape ordnede forhold, ikke for å berike seg selv eller skape monopoler og drive urettferdig skatteinnkreving.

Norge benytter seg av ulike argumenter for å støtte sitt syn om at Svalbardtraktaten ikke får anvendelse på sokkelen og i 200-mils sonen rundt Svalbard. At Svalbard ikke har en egen sokkel, men befinner seg oppå Norges sokkel, vil sannsynligvis ikke overbevise en internasjonal domstol, som i flere saker har tildelt sokler til øyer motparten hevder ikke har rett til å generere en sokkel. At Norge hevder en kontinuerlig sokkel vil sannsynligvis også gis liten vekt ut fra andre saker som gir havbunnens beskaffenhet liten vekt når omstridte grenser skal vedtas.

²⁸⁴ Fleischer (1983) s. 223

²⁸⁵ I.c.

²⁸⁶ Ulfstein (1995) s. 433

²⁸⁷ I.c.

²⁸⁸ I.c.

²⁸⁹ Meld. St. nr. 7 (2011-2012) s. 93

²⁹⁰ I.c.

I tillegg til å påberope de geologiske forhold på havbunnen, argumenterer Norge også for at Svalbard ikke har en sokkel på grunn av Norges traktatfestede suverenitet over Svalbard. Men dette argumentet svekkes av at Svalbard representerer et annet rettslig regime enn Norge, til tross for at Norge har suverenitet over øygruppen og Svalbard er en del av Kongeriket Norge. Fordi Svalbard er underlagt Svalbardtraktaten er det naturlig at sokkelen rundt Svalbard også er Svalbards egen. Det er også naturlig å ha en lik juridisk begrunnelse for maritime soner, og Norge har prøvd å oppnå dette ved å både begrunne at traktaten ikke gjelder i 200-mils sonen og på sokkelen på grunn av suvereniteten over Svalbard. Men ulikheten består i at 200-mils sonen tilhører Svalbard, mens sokkelen under vannet tilhører Norge ifølge Norges synspunkt. Ifølge internasjonal rettspraksis er det suvereniteten over landet som gir retten til en kontinentalsokkel, og det spiller ingen rolle hvilken politisk status øya har.

At Svalbard har en egen sokkel anses for å være etablert gjennom Havrettstraktaten art. 121 som tilsier automatikk i etableringen av en sokkel rundt beboelige og selvoppholdende øyer, men også gjennom internasjonal rettspraksis som legger stor vekt på både sammenhengen mellom etableringen av en 200-mils sone og sokkelen, og at sokkelen skal springe ut fra landet den blir generert fra. Selv Norge viser gjennom sin benyttelse av Svalbard som et utgangspunkt for delelinjeavtalen med Grønland at Svalbard regnes for å ha en egen sokkel.

At sokkelen rundt Svalbard kan adskilles fra Norges sokkel synes å være mulig all den tid fiskevernsonen rundt Svalbard i forhandlinger har blitt adskilt i fra Norges eksklusive økonomiske sone, og ved at reglene om midtlinjer kan benyttes ved analogi fordi Svalbard ikke kan regnes som en annen stat.

Spørsmålet blir da om traktaten kan anvendes på sokkelen og i 200-mils sonen rundt Svalbard. Ifølge Norge kan den ikke det på grunn av ordlyden i traktaten ut fra hvordan traktaten lød da den ble skrevet. Traktaten nevner ikke kontinentalsokkelen og 200-mils sonen, og Norge vil derfor selv ha rett til eksklusivt herredømme over disse områdene uten å benytte traktaten. At Norge ikke har støtte blant andre stater for dette synet, og har mottatt sterke reaksjoner på denne tolkningen, synes å ha liten effekt på norske myndigheters synspunkter bortsett fra at diskriminering basert på nasjonalitet i fiskevernsonen er forbudt.

Men prinsippet om en streng ordlydsfortolkning har liten oppslutning i dagens internasjonale rett, hvor man i traktattolkning bestreber seg på å finne en felles forståelse av hva traktaten skal bety i dagens kontekst ut fra tekstens innhold. Men til tross for at Norge ikke har sluttet seg til Wienkonvensjonen om traktattolkning anses bestemmelsene i denne nå for å være allmenkelig folkerett. Det betyr at Norges syn på denne saken sannsynligvis ikke ville få bred oppslutning i en tvist hvor Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde skulle avgjøres.

Norge har tolket traktaten utvidende tidligere ved å flytte grensen for territorialfarvannet fra 4 til 12 mil, og Norge anerkjenner generelt sett prinsippet om at folkeretten er dynamisk og at bestemmelser som ville være naturlige i tidligere tider nå er i strid med en moderne rettsoppfatning. Dette taler for at Norge kan gjennomføre en dynamisk tolkning i relasjon til Svalbardtraktatens anvendelsesområde.

I art. 1 er suvereniteten gitt under de vilkår som traktaten setter, og suvereniteten er dermed smeltet sammen med traktatpartens rettigheter under det nye regimet under traktaten.²⁹¹ Hvis man ser på selve traktatteksten i art. 1 så ble suvereniteten gitt til Norge av de andre traktatpartene i bytte for at de skulle gi opp sine *terra nullius*-rettigheter, men samtidig få adgang til å utnytte ressursene på og i farvannene rundt Svalbard. Så når Norge utvider sitt territorialfarvann fra 4 til 12 nautiske mil i kraft av sin suverenitet gitt i art. 1, utvides og beveges også rettighetene til traktatpartene i art. 2 og art. 3 seg tilsvarende. Norges rettigheter til territorialfarvannet er ”ambulatory” og traktatpartenes rettigheter i samme sone er synkront ”ambulatory.”²⁹² I og med at denne modellen er basert i traktatens intensjon om å oppnå et ”equitable” regime er det naturlig å benytte samme modell når Norge etablerer nye maritime soner i kraft av suvereniteten gitt i Svalbardtraktaten, slik at ved at Norge bruker sin suverenitet til å oppnå nye rettigheter vil samtidig plikten til å la traktatpartene få nyte de korresponderende rettigheter bli utløst.

I tillegg viser rettspraksis fra ICJ at den er villig til å innfortolke en kontinentalsokkel i en traktat selv om traktatens ordlyd oppsto før begrepet kontinentalsokkel ble utviklet. At bestemmelsene i traktaten som begrenser Norges suverenitet skal tolkes restriktivt vil også møte motstand, da dette prinsippet har mindre betydning i rettspraksis enn tidligere. Det vil kun benyttes dersom ulike kriterier anses oppfylt, og denne tolkningsmetoden er heller ikke inkludert i konvensjonen om traktatretten. En restriktiv tolkning ville også føre til anomalier som gjør at resultatet av tolkningen ville bli lite forenelig med ordinær havrett, og dermed en lite skjønnsom løsning.

At traktaten får anvendelse i fiskevernsonen synes indirekte å være praksis ut fra Høyesteretts bruk av traktaten for å avgjøre en tvist i 200-mils sonen, og fordi Norge benyttet seg av suvereniteten gitt i Svalbardtraktaten for å opprette denne sonen.

²⁹¹ Anderson (2009) s. 374

²⁹² *ibid.* s. 376

Da gjenstår det bare de reelle hensyn for å avgjøre om traktaten får anvendelse på sokkelen og i 200-mils sonen. Traktaten var utformet for andre forhold enn i dag, og gjaldt et betydelig mindre område enn hva dagens havrett gir muligheter for, og ganske andre utnyttelsesgrader enn dagens olje og gass-industri vil kunne innebære. Traktaten er åpen for alle som ønsker det og hvem som helst kan innenfor rammene av norsk lovgivning for administrasjonen av Svalbard benytte seg av de muligheter traktaten kan by på for traktatpartene. Utfordringen for Norge blir da, innenfor et stadig mer krevende sikkerhetspolitisk klima, å holde fast ved den norske modellen for forvaltningen av Svalbard uten selv å monopolisere og tømme de lukrative forekomstene av olje og gass som ligger på havbunnen og levende ressurser i vannet ved å stenge de andre traktatpartene ute fra sokkelen og 200-mils sonen. Hvis traktaten får anvendelse på sokkelen har Norge likevel i kraft av sin suverenitet over Svalbard anledning til å sette en stopp for overdreven og miljøskadelig bruk av Svalbard og dens marine områder. At Norge kan gjøre dette har blitt vist gjennom flere tiår med fornuftig og fredelig forvaltning av Svalbard, og ved en fornuftig forvaltning av fiskeriressursene i fiskevernsonen. Ved å la traktaten bli gjeldende på sokkelen og uttalt gjeldende i 200-mils sonen vil Norge avslutte konflikten om Svalbardtraktaten med de andre traktatpartene, og kunne danne et helt nytt verne-regime for sokkelen uten at kontroverser om manglende implementering av traktaten står i veien.

3.3 Hvilke rettslige konsekvenser får anvendelsen av Svalbardtraktaten i 200-mils sonen og på kontinentalsokkelen?

At Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde utvides til å inkludere 200-mils sonen og kontinentalsokkelen vil ikke endre det faktum at Svalbardtraktaten er åpen for tilslutning av de stater som ønsker å bli en part i traktaten, at Norge har full suverenitet over øygruppen, og at Svalbard er en del av norsk territorium.

3.3.1 Anvendelse av traktaten på sokkelen

Norge vil måtte anerkjenne, med hjemmel i suvereniteten gitt i Svalbardtraktaten art. 1, at sokkelen rundt Svalbard er Svalbards egen sokkel hvor Svalbardtraktaten får anvendelse. Denne kontinentalsokkelens grenser er avklart, og Norge vil håndheve jurisdiksjonen på sokkelen med hjemmel i Svalbardtraktaten, Svalbardloven av 1925 og Svalbardmiljøloven av 2001. Sokkelen vil ikke være underlagt petroleumsloven, da denne i § 1-1 slår fast at den norske stat har eiendomsretten til petroleumsforekomster på sokkelen.

Spørsmålet er da om Norge vil måtte opprette særskilt lovgivning for å utdele konsesjoner til leting etter forekomster og utnyttelse av ressursene på sokkelen hvis dette blir aktuelt, eller om Bergverksordningen kan benyttes etter modifikasjoner av denne. Det er ikke noe særskilt

som taler mot at Bergverksordningen skal kunne benyttes, og det vil i utgangspunktet være naturlig å bruke denne til å regulere slike aktiviteter. Til tross for at ordlyden i art. 8 kun viser til områdene nevnt i art.1, nemlig øyene, vil bergverksordningen kunne benyttes på sokkelen til oljeutvinning fordi bergverksordningen skal brukes der bergverk kan drives, og i art. 3 nevnes det at bergverk skal kunne drives i fjordene. Hvis Bergverksordningen skal tilpasses eller endres for petroleumsleting og utvinning av ressurser på sokkelen er det også et spørsmål om hvordan forandringene skal gjennomføres, om Norge ensidig kan fastsette slike endringer eller om traktatpartene i fellesskap skal gjøre det etter fremgangsmåte i art. 8 i Svalbardtraktaten. I og med at fremgangsmåten for endringer i bergverksordningen er tydelig beskrevet i art. 8 vil det være mest naturlig å følge denne ved behov for revisjoner.

Når Svalbardtraktaten skal benyttes på sokkelen vil skattene som innkreves for aktiviteter på sokkelen kun komme Svalbard til gode og skattene kan kun pålegges i den utstrekning det finnes behov for slike skatter på Svalbard, se art. 8 (2). Skattene skal utelukke ”forrettigheter, monopoler eller begunstigelser” til fordel for Norge eller andre av traktatpartene, og Norge vil ikke kunne ha en økonomisk fordel av skatter som kreves inn i forbindelse med aktiviteter på sokkelen.

Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp gjelder på landterritoriet og i territorialfarvannet, og vil ved analogi kunne brukes på sokkelen. Med 40 ulike traktatparter blir det et spørsmål om hvordan dette prinsippet skal gjelde på sokkelen og hvordan det eventuelt skal praktiseres. I motsetning til i fiskevernsonen hvor partene blir tildelt kvoter basert på historisk fiske i området, er det ikke tradisjoner for drift i forhold til utvinning av petroleumsforekomster på sokkelen rundt Svalbard. Norge må derfor utvikle et annet prinsipp for tildeling av konsesjoner som ivaretar kravet til likebehandling.

I tillegg vil det måtte innføres reguleringer for hvordan det marine miljø best kan beskyttes. Norge står fritt til å utforme verneforskrifter for beskyttelse av havbunnen og dens levende ressurser med hjemmel i dagens lovgivning. Norge kan tillate oljeutvinning på sokkelen, men i kraft av sin suverenitet over Svalbard kan Norge begrense eller forby slik oljeutvinning av de hensyn Norge mener er viktige. I art. 3 står det at partene må rette seg etter gjeldende lover og forskrifter, og disse vil kunne innebære sterke begrensninger på muligheter til leting og utvinning av olje og gass. Svalbard er et sårbart område, og ett alternativ er å frede kontinentalsokkelen fullstendig for å beskytte naturen, men også for å unngå problemer med håndhevelse av regler for vern av miljøet etter en utvidelse av traktatens virkeområde.

3.3.2 Anvendelse av traktaten i 200-mils sonen

Fiskevernsonen kan opprettholdes selv om Svalbardtraktaten får anvendelse i 200-mils sonen fordi den ikke er funnet å være i strid med bestemmelsene i Svalbardtraktaten. Sånn sett kan man anta at det ikke vil få rettslige konsekvenser at Svalbardtraktaten får anvendelse i fiskevernsonen. Men forskriften om fiskevernsonen ved Svalbard må ha en annen hjemmel enn lov om Norges økonomiske sone.

Norge kan, basert på sin suverenitet over Svalbard,²⁹³ også opprette en 200-mils eksklusiv økonomisk sone rundt Svalbard i stedet for å videreføre ordningen med fiskevernsonen. Ved å opprette en slik eksklusiv økonomisk sone vil Norge bli forpliktet etter Havrettstraktaten art. 61 til å bevare og forvalte de levende marine ressursene i dette området,²⁹⁴ men Norge må samtidig ta hensyn til traktatpartenes rettigheter etter kravet til likebehandling og forbudet mot diskriminering basert på nasjonalitet. Alle traktatparter har i utgangspunktet lik rett til fiske, men Norge kan i kraft av sin suverenitet gitt i art. 1 og rett til beskyttelse og gjenoppsettelse av bestander i art. 2 begrense fiskekvotene etter behov for å beskytte dyre- og plantelivet.

Spørsmålet er om Norge kan opprettholde den nåværende fordelingen av ressursene basert på en historisk modell hvor rettigheten til fiske gis til de stater som historisk sett har drevet fiske i 200-mils sonen rundt Svalbard. Denne modellen er ikke funnet å være i strid med likebehandlingskravet i Svalbardtraktaten.²⁹⁵ Høyesterett har slått fast at art. 1-3 i Svalbardtraktaten skal forstås som at artiklene ikke gir grunnlag for å forby rasjonering, og herunder forskjellsbehandling basert på andre objektive kriterier for utvelgelse. En fordeling og rasjonering av torsk blant de som har fisket etter denne arten før begrensningene ble innført er ikke i strid med likebehandlingskravet i Svalbardtraktaten fordi hensikten og virkningen er å verne en etablert næring.²⁹⁶ Det som er i strid med traktaten er forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonalitet.²⁹⁷ I Rt. 2014 s. 272 sier Høyesterett at likebehandlingsprinsippet må ”avstemmes mot” prinsippet om Norges suverenitet over Svalbard i art. 1 og behovet for handlingsrom for å gjennomføre en forsvarlig ressursforvaltning.²⁹⁸ Høyesterett påpeker at i art. 2 bestemmes det at Norge har myndighet til å fastsette ”passende” reguleringer og at dette underbygger at Norge kan operere med en betydelig skjønnsmargin til å fastsette reguleringer for å verne res-

²⁹³ Ulfstein (2008) avs. 44

²⁹⁴ Molenaar (2012) s. 14

²⁹⁵ Ulfstein (1995) s. 452

²⁹⁶ Rt. 1996 s. 624 s. 635

²⁹⁷ I.c.

²⁹⁸ Rt. 2014 s. 272 avs. 49

sursene. Retten uttaler at av de tiltak som i sin virkning medfører forskjellsbehandling mellom traktatpartene og deres fiskefartøyer, er det kun de som fremmer interesser som er uforenelige med Svalbardtraktatens gjenstand og formål og som er uforholdsmessige som medfører traktatstridig diskriminering.

Partene som i dag har fiskerett i fiskevernsonen rundt Svalbard har blitt tildelt fiskekvoter av Norge dersom de tidligere har fisket i denne sonen, og motsetningsvis har de som historisk sett ikke har fisket i farvannene rundt Svalbard ikke slike rettigheter.²⁹⁹ Hensikten med fiskevernsonen er å beskytte havets ressurser mot overbeskatning,³⁰⁰ men en konsekvens av å utelukke parter som tradisjonelt sett ikke har fisket rundt Svalbard er at ressursene fordeles på få stater som nyter godt av ressursene uten å dele med andre som vil delta i fisket. Et argument mot å benytte historisk fiske som inngangskriterium for fiske som et virkemiddel er at det forhindrer en rimelig fordeling av ressursene blant aktører som er økonomisk avhengig av fiske. En konsekvent utelukkelse av aktører kan dessuten ha den effekt at dersom fisken migrerer ut av fiskevernsonen til andre lands eksklusive økonomiske soner hvor Norge ikke har myndighet vil det finnes lite goodwill for å begrense fisket der.³⁰¹ Men til tross for disse argumentene er ikke Norge rettslig forpliktet til å endre kvotesystemet basert på historisk fiske, da det ikke er funnet å være i strid med likebehandlingskravet i Svalbardtraktaten.

Et annet spørsmål er om Norge kan opprettholde forskriftsbestemmelser for hysefiske med en gitt prosentbegrensning på bifangst av hyse for fiskere fra EU og Færøyene dersom fiskevernsonen kommer under regulering av Svalbardtraktaten. I Rt. 2014 s. 272 fastslo Høyesterett under ”adskillig tvil”³⁰² at en begrensning på 15 % hyse per trålhal for EUs og Færøyenes fiskere ikke var i strid med likebehandlingskravet i Svalbardtraktaten, selv om norske og russiske fartøyer kunne fiske direkte etter en fastsatt hysekvote og ikke etter en bifangstbegrensning.³⁰³ Ulempen med å være underlagt et bifangstregime er negative økonomiske konsekvenser på grunn av at fiskefartøyet må foreta kostbare forflytninger og nye små prøvehal hvis trålen inneholder mer enn en gitt prosentandel hyse. Formålet med bifangstbegrensningen var å verne hysebestanden gjennom en bærekraftig forvaltning av denne. Årsaken til at Høyesterett var i adskillig tvil om bifangstbestemmelsen var i strid med likebestemmelsen i Svalbardtraktaten var at dersom fiskerne fra EU og Færøyene isteden hadde fått en kvote på hyse av samme størrelse som bifangstkvantumet ville de ha fått like vilkår ved torskefisket som fartøy fra Norge og Russland. Men det avgjørende for Høyesterett for at bestemmelsen ikke var i

²⁹⁹ Ørebech (2013) s. 355

³⁰⁰ St. meld 30 (2004-2005), s. 23

³⁰¹ Ørebech (2013) s. 362-363

³⁰² Rt. 2014 s. 272 avs. 60

³⁰³ Forskrift om hysefisket ved Svalbard (2011) §§ 3-4

strid med Svalbardtraktaten var at ved å innføre en bifangstregulering så kunne Norge raskt og unilateralt begrense EUs uregulerte direkte hysefiske i 2010, mens en kvote ikke kunne fastsettes etter samme umiddelbare fremgangsmåte. Høyesterett uttalte at det var naturlig at det nye regimet fikk gå seg til i 2012, og henviser til et brev fra Fiskeridirektoratet til Fiskeri- og kystdepartementet 20. januar 2011 hvor det står at en tildeling av en hysekvote i verne-sonen ville gi en bedre løsning på lengre sikt. Høyesterett tolker dette som at det er ”nærliggende å anta at man blant annet hadde hensynet til et rasjonelt og likestilt fiske i tankene.” Og Høyesterett sier at uttalelsen fra Fiskeridirektoratet også viser og at bifangstreguleringen som ble innført i 2011 og opprettholdt i 2012 var svar på en mer akutt situasjon og oppfatter at bifangstreguleringsformen ”ikke nødvendigvis [var] ment som en permanent løsning.”³⁰⁴ En mulig tolkning er at Høyesterett aksepterer en ikke-permanent bifangstbegrensning dersom verneformålet ikke like hurtig og effektivt kan oppnås på annen måte, mens den ville være mindre tilbøyelig til å godta en mer permanent variant av begrensningen. Hva som defineres som en permanent ordning er ikke nevnt, men norske myndigheter har videreført ordningen for fangståret 2015 med en bifangstbegrensning på hyse inntil 14 % per hal.³⁰⁵

Dette viser at det ikke vil være en annen rettslig konsekvens dersom Svalbardtraktaten får anvendelse i fiskevernsonen enn i dag fordi Høyesterett har funnet at bifangstregulering under slike forutsetninger som nevnt ikke er i strid med Svalbardtraktaten. På den annen side viser saken at Høyesterett er lite tilbøyelig til å godta permanente bifangstreguleringer for enkelte av fiskerinasjonene og ikke for andre dersom samme verneformål kan oppnås ved andre metoder som oppnår et mer likestilt fiske. Og Norge måtte kanskje være mer innstilt på å fastsette kvoter på hyse i stedet for å vedta bifangstreguleringer, for å unngå diskriminering basert på nasjonalitet, dersom den akutte situasjonen er forbi og målet er å finne en likestilt løsning på sikt.

De rettslige konsekvensene ved at Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde utvides til 200-mils sonen og til kontinentalsokkelen rundt Svalbard viser seg å være få, og de eksisterende reguleringer i disse områdene har vært i tråd med traktatens bestemmelser. Den største konsekvensen for Norge er at et folkerettslig betent spørsmål vil bli avklart og en spenning mellom Norge og stater som aktivt har imøtegått Norges tolkning av traktaten gjennom flere tiår blir vesentlig redusert.

³⁰⁴ Rt. 2014 s. 272 avs. 61

³⁰⁵ Forskrift om hysefisket, fiskevernsonen Svalbard (2015) § 4

Litteraturliste

Litteratur

Anderson, D. H., The Status Under International Law of the Maritime Areas Around Svalbard, *Ocean Development & International Law*, vol. 40, (2009), s. 373-384. (Sitert fra Oria.no)

Arlov, Thor B., *Svalbards historie 1596-1996*, 1996.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, 2008.

Churchill, Robin og Ulfstein, Geir, *Marine management in disputed areas: the case of the Barents Sea*, 1992.

Churchill, Robin og Ulfstein, Geir, "The Disputed Maritime Zones Around Svalbard", I: *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea*, Myron H. Nordquist, Tomas H. Heidar og John Norton Moore (red.), 2010, s. 551-593. (Sitert fra Oria.no)

Crema, Luigi, Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s), *The European Journal of International Law*, vol 21 (3), (2010), s. 681-700. (Sitert fra Oria.no)

Fife, Rolf Einar, Folkerettslige spørsmål i tilknytning til Svalbard, 2014, (www.regjeringen.no/nb/tema/utenrikssaker/folkerett/svalbard/id2350955/). [Sitert 25. mars 2015]

Fleischer, Carl August, Oil and Svalbard, *Nordic Journal of International Law*, vol (45)1, (1976), s.7-13. (Sitert fra Oria.no)

Fleischer, Carl August, "Svalbards folkerettslige stilling", I: *Norges havretts- og ressurspolitikk*, Arne Treholt, Karl Nandrup Dahl, Einar Hysvær og Ivar Nes (red.), 1976, s. 139-155.

Fleischer, Carl August, *Petroleumsrett*, 1983.

Fleischer, Carl August, The Question of Earlier Treaty Rights applied to the New Maritime Zones – Spitsbergen and the Law of the Sea, *Iranian Review of International Relations*, (1978), s. 245-262.

Fleischer, Carl August, *Folkerett*, 1994. (Sitert fra Oria.no)

Fleischer, Carl August, *Svalbardtraktaten: en utredning hvor også nye styreformer på Svalbard vurderes*, 1997.

Fleischer, Carl August, The New International Law of the Sea and Svalbard, The Norwegian Academy of Science and Letters, 150th Anniversary Symposium, (2007), (<http://www.dnva.no/binfil/download.php?tid=27095>). [Sitert 26. mars 2015]

Henriksen, Tore og Ulfstein, Geir, Maritime Delimitation in the Arctic: The Barents Sea Treaty, *Ocean Development & International Law*, vol. 42, (2011), s. 1-21. (Sitert fra Oria.no)

Jensen, Øystein, Kontinentalsokkelkrav i Polhavet: alminnelig havrett eller folkerett sui generis?, *Lov og Rett*, vol.48(07), (2009), s. 406-424. (Sitert fra Oria.no)

Mathisen, Trygve, *Svalbard i internasjonal politikk: 1871-1925*, 1951. (Sitert fra Oria.no)

Molenaar, E. J., Fisheries Regulation in the Maritime Zones of Svalbard, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 27, (2012), s. 3-58. (Sitert fra Oria.no)

Pedersen, Torbjørn, Endringer i internasjonal Svalbard-politikk, *Internasjonal politikk*, vol. 67 (1), (2009b), s. 31-44. (Sitert fra Oria.no)

Pedersen, Torbjørn og Henriksen, Tore, Svalbard's Maritime Zones: The End of Legal Uncertainty? *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 24, (2009), s. 141-161. (Sitert fra Oria.no)

Pedersen, Torbjørn, Denmark's Policies Toward the Svalbard Area, *Ocean Development & International Law*, vol. 40, (2009), s. 319-332. (Sitert fra Oria.no)

Pedersen, Torbjørn, International Law and Politics in U.S. Policymaking: The United States and the Svalbard Dispute, *Ocean Development & International Law*, vol. 42, (2011), s. 120-135. (Sitert fra Oria.no)

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, 2011.

Ulfstein, Geir, Spitsbergen/Svalbard, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

Ulfstein, Geir, *The Svalbard Treaty: From Terra Nullius to Norwegian Sovereignty*, 1995.

Vylegzhanin, Alexander N. og Zilanov, V. K., *Spitsbergen: Legal Regime of Adjacent Marine Areas*, 2007.

Vylegjanin, Alexander N., Future problems of International law in the High North: Review of the Russian legal literature, (www.dnva.no/binfil/download.php?tid=27149). [Sitert 11. mars 2015]

Yearbook of the International Law Commission, vol. II, United Nations, New York, 1966. ([http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_v2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2_e.pdf))

Ørebech, Peter, The "Lost Mackerel" of the North East Atlantic—The Flawed System of Tri-lateral and Bilateral Decision-making, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 28 (2), (2013), s. 343-373. (Sitert fra Oria.no)

Norske lover og forskrifter

1925	Lov 17 juli 1925 nr. 11 om Svalbard (Svalbardloven). (Sitert fra Lovdata.no)
1925	Kongelig resolusjon 7 august 1925 (bergverksordning for Svalbard). (Sitert fra Lovdata.no)
1963	Kongelig resolusjon 31 mai 1963 (resolusjon om norsk statshøyhet over visse undersjøiske områder). (Sitert fra Lovdata.no)
1976	Lov 17 desember 1976 nr. 91 om Norges økonomiske sone (økonomiske soneloven). (Sitert fra Lovdata.no)
1977	Forskrift 3 juni 1977 nr. 6 om fiskevernsoner ved Svalbard. (Sitert fra Lovdata.no)

2001	Lov 15 juni 2001 om miljøvern på Svalbard (Svalbardmiljøloven). (Sitert fra Lovdata.no)
2003	Lov 27 juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone (territorialfarvannsloven). (Sitert fra Lovdata.no)
2011	Forskrift 11. mai 2011 nr. 485 om regulering av fisket etter hyse i fiskevernsonen ved Svalbard (Forskrift om hysefisket ved Svalbard, 2011). (Sitert fra Lovdata.no)
2015	Forskrift 4 desember 2015 nr. 1505 om regulering av fisket etter hyse i fiskevernsonen ved Svalbard (Forskrift om hysefisket, fiskevernsonen Svalbard, 2015). (Sitert fra Lovdata.no)

Stortingsdokumenter

St.prp. nr. 36 (1924)	<i>Om godkjennelse av traktaten om Spitsbergen (Svalbard).</i> (Sitert fra Stortinget.no)
St. meld. nr. 30 (1973-1974)	<i>Virksomheten på den norske kontinentalsokkelen mv.</i> (Sitert fra Stortinget.no)
St. meld. nr. 39 (1974-75)	<i>Vedrørende Svalbard.</i> (Sitert fra Stortinget.no)
St. meld. nr. 40 (1985-86)	<i>Svalbard.</i> (Sitert fra Stortinget.no)
St. meld. nr. 8 (2005-2006)	<i>Helhetlig forvaltning av det marine miljø i Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten (forvaltningsplan)</i> (Sitert fra Regjeringen.no)
St.prp. nr. 51 (2005-2006)	<i>Om samtykke til inngåelse av overenskomst av 20. februar 2006 mellom Norge og Danmark sammen med Grønlands landsstyre om avgrensning av kontinentalsokkelen og fiske- risonene i området mellom Grønland og Svalbard</i> (Sitert fra Regjeringen.no)
St. meld. nr. 22 (2008-2009)	<i>Svalbard</i> (Sitert fra Regjeringen.no)
Meld. St. 7 (2011-2012)	<i>Nordområdene – visjon og virkemidler (Nordområdemel- dingen)</i> (Sitert fra Regjeringen.no)

Traktater

Svalbardtraktaten	Traktat mellom Norge, Amerikas Forente Stater, Danmark, Frankrike, Italia, Japan, Nederlandene, Storbritannia og Ir- land og de britiske oversjøiske besiddelser og Sverige angå- ende Spitsbergen, Paris 2. september 1920. (Sitert fra Lov-
-------------------	---

	data.no)
	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969. (treaties.un.org)
Delelinjeavtalen	Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Den Russiske Føderasjon om maritim avgrensning og samarbeid i Barentshavet og Polhavet, Murmansk 15. september 2010. (Sistert fra Regjeringen.no)
	Overenskomst mellom Kongeriket Norges regjering på den ene side og Kongeriket Danmarks regjering sammen med Grønlands landsstyre på den annen side om avgrensning av kontinentalsokkelen og fiskerisonene i området mellom Grønland og Svalbard, København 20. februar 2006

Rettspraksis

Norske høyesterettsdommer

Rt. 1996 s. 624

Rt. 2006 s. 1498

Rt. 2014 s. 272

Internasjonale dommer

The Case of the S. S. "Lotus" (France v. Turkey)	Judgment, PCIJ Series A, No. 10, 1927, s.4. (http://www.icj-cij.org)
Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)	Judgment, I.C.J. Reports, 1951, s. 116. (http://www.icj-cij.org)
North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)	Judgment, I.C.J. Reports, 1969, s. 3. (http://www.icj-cij.org)
Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)	Judgment, I.C.J. Reports, 1978, s. 3. (http://www.icj-cij.org)
Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)	Judgment, I.C.J. Reports, 1982, s. 18. (http://www.icj-cij.org)
Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)	Judgment, I.C.J. Reports, 1984, s. 246. (http://www.icj-cij.org)
Continental Shelf (Libyan Ar- ab Jamahiriya v. Malta)	Judgment, I.C.J. Reports, 1985, s. 13. (http://www.icj-cij.org)
Arbitral Award of 31 July 1989	Judgment, I.C.J. Reports, 1991, s. 53.

(Guinea-Bissau v. Senegal)	(http://www.icj-cij.org)
Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)	Judgment, I.C.J. Reports, 1993, s. 38. (http://www.icj-cij.org)
Gabčícovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)	Judgment, I.C.J. Reports, 1997, s. 7. (http://www.icj-cij.org)
Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)	Judgment, I.C.J. Reports, 1999, s. 1045. (http://www.icj-cij.org)
Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)	Judgment, I.C.J. Reports, 2003, s. 161. (http://www.icj-cij.org)
Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)	Judgment, I.C.J. Reports, 2009, s. 213. (http://www.icj-cij.org)
Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)	Judgment, I.C.J. Reports, 2012, s. 624. (http://www.icj-cij.org)

Voldgiftsavgjørelser

Island of Palmas case (Netherlands v. USA)	Permanent Court of Arbitration, The Hague, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, 4. april 1928, s. 829-871.
Petroleum Development Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi	International Law Reports, 1951 s. 144.
Petroleum Development Ltd. v. Ruler of Qatar	18 International Law Reports, 1951, s. 161.
Delimitation of the Maritime Boundary (Guinea-Bissau v. Senegal)	Arbitration Tribunal, Genève, 31. juli 1989. I Annex to the Application Instituting Proceedings of the Government of the Republic of Guinea-Bissau, 23. august 1989. (http://www.icj-cij.org)
Court of Arbitration for the Delimitation of Maritime Areas between Canada and France: Decision in Case Concerning Delimitation of Maritime Areas (St. Pierre and Miquelon)	Ad hoc Arbitration Court, 31 I.L.M. 1145 (1992), s. 1165. (Siter fra Oria.no)
Guyana v. Suriname	Permanent Court of Arbitration, The Hague, 17. september 2007. (www.pca-cpa.org)

Andre kilder

Permanent Mission of Norway to the United Nations, *Note verbale*, 28. mars 2007. (http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/nor06/note28march2007.pdf)

Utenriksdepartementet, 30. oktober 2009, Spørsmål og svar om kontinentalsokkelen, Retningslinjer. (www.regjeringen.no/nb/dokumenter/sporsmal-og-svar-om-kontinental-sokkelen/id436937/)

Commission on the Limits of the Continental Shelf, *Summary of the recommendations of the commission on the limits of the continental shelf in regard to the submission made by Norway in respect of areas in the Arctic ocean, The Barents Sea and the Norwegian Sea*, 27 mars 2009. (http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/nor06/nor_rec_summ.pdf) [Sisert 23. februar 2015]

European Parliament Parliamentary questions, 6 January 2014 O-000001/2014 (B7-0107/2014). (www.europarl.europa.eu/)

House of Lords, Select Committee on the Arctic, Report Session 2014-15, *Responding to a changing Arctic*, 27 februar 2015. (www.publications.parliament.uk). [Sisert 9. mars 2015]

Klassekampen, Norge ignorerer russisk invitasjon til oljedialog, 28. februar 2015, (<http://www.klassekampen.no/article/20150228/NTBO/835919728>). [Sisert 18. mars 2015]

Utenriksdepartementet, Statssekretær Bård Glad Pedersen, ”Tendensiøst fra Klassekampen”, Innlegg i Klassekampen, 3. mars 2015.

(www.regjeringen.no/nb/aktuelt/innlegg_svalbard/id2397959/). [Sisert 18. mars 2015]